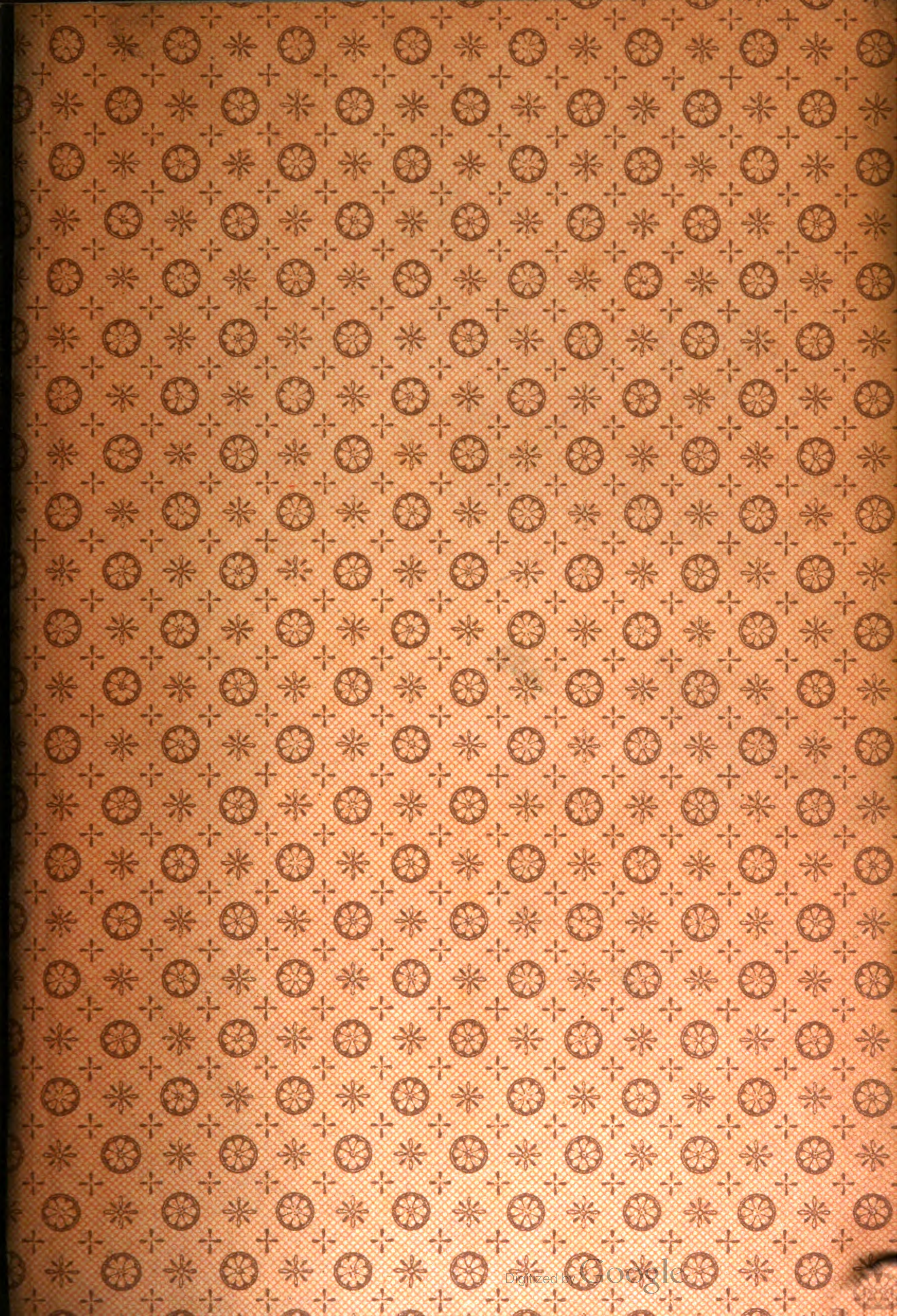






Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

J. C. Hasse.

Erster Jahrgang.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1827.

Inhalt.

Seite.

Ueber die Eigenthümlichkeiten des Jus Gentium nach den Vorstellungen der Römer, von Herrn Geheimen Justizrath und Professor Dirksen in Königsberg 1

Die Oekonomie des Edicts, von Herrn Professor Heffter in Bonn 51

Von der Bestellung der Servituten durch simple Verträge und Stipulationen, von Hasse 64

Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen, von Herrn Professor Unterholzner in Breslau 129

Welche Wirkung tritt ein, wenn der Usufructuar den Usus fructus an einen Extraneus in Jure cedirt? von Herrn Professor Puggé in Bonn 145

Bericht über einen für die teutsche Geschichte und teutsches Recht wichtigen, noch unbenutzten Codex Mstus der hiesigen Universitäts-Bibliothek, von Herrn Professor Heffter in Bonn 158

Ueber die Negatorienklage, von Herrn Professor Puchta in Erlangen 165

Von dem Recht der Lex Cincia, von Hasse 185

Mittheilung eines alten römischen Testaments, nebst Anmerkungen von Herrn Professor Puggé 249

Seite.

Beytrag zur Lehre von der Compensation, von Herrn Professor Bethmann=Hollweg in Berlin 257

Von dem Verhältniß des Eigenthums zu den Servituten. Kritische Bemerkungen zu G. A. W. Duroi's Abhandlung über actio in rem und jus in re, von Herrn Professor Puchta in Erlangen 286

Ueber die Pupillos infantiae vel pubertati proximos, von Herrn Geheimen Justizrath u. Professor Dirksen in Königsberg 316

Ueber eine Recension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41 — 44. Von Herrn Professor Puchta in Erlangen 327

Ueber

die Eigenthümlichkeit des Jus Gentium nach den Vorstellungen der Römer.

von

Herrn Professor Dirksen in Königsberg.

I.

Begriff und Umfang des römischen Jus Gentium.

Die Bestimmung des römischen Begriffes vom Jus Gentium tritt in den verschiedenartigsten Bearbeitungen des römischen Rechts [1]) in einer beinahe stehend gewordenen Form

---

1) Außer den, in Glück's ausführl. Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Th. 1. §. 11. S. 79. fgg. so wie in dessen Einleitung in das Studium des Röm. Privat-Rechts nach Günther, §. 30. not. 2. S. 134. fg. Erlang. 1812. 8. und in Haubold's *Inst. I. R. histor. dogmat. lineamt.* §. 62. S. 52. der Ausg. von Otto. Lips. 1826. 8. angeführten Monographien, gehören hieher die zahllosen exegetischen und dogmatischen Bearbeitungen der Westgothischen *Epitome* des Gajus Lib. 1. Tit. 1. Pr., der Institutionen Justinian's Lib. 1. Tit. 2. und der Pandecten Lib. 1. Tit. 1, welche zugleich die Grundlage mancher minder bekannten Abhandlung über unsern Gegenstand bilden. Vergl. Charondas *Verisimil.* c. 1. (in Otto's *Thesaur.* T. 1. p. 681. sqq.

hervor. Ausgehend von den s. g legalen Definitionen dieses Begriffes, deren weiter unten zu gedenken ist, nahm man bis auf die neueste Zeit an, daß die Römer ihre Vorstellungen vom Jus Naturā im engern Sinne, so wie vom Jus Gentium, durchaus im Sinne der griechischen Philosophen, zumal der Stoiker, gebildet haben, und demzufolge nur durch ein wißenschaftliches Intereße zur Annahme eines, von der Rechtsverfaßung ihres Staates unabhängigen, Vernunftrechts geleitet worden seien. Lediglich in einem Punkte erscheint das Einverständnis in dieser Darstellungsweise der Bearbeiter der römischen Rechtsquellen etwas getrübt: während nehmlich einige das allseitige genaue Zusammentreffen des römischen Jus Gentium mit dem heutigen Natur-Recht stillschweigend oder ausdrücklich eingestanden [2], sahen sich andere veranlaßt durch das eigene Bekenntnis der römischen Juristen, die Sklaverei widerstrebe zwar dem von der Natur in den Menschen gepflanzten Triebe zur Freiheit, sei aber nichts desto weniger ein Institut des Jus Gentium [3]), die vermittelnde Theorie aufzustellen,

---

und Pancirolus *Thesaur. var. lection.* Lib. 2. c. 270 (in Heineccius *Jurisprud. Rom. et Attic.* T. 2. p. 1385. sqq.)

2) Dahin gehört die Mehrzahl der ältern Bearbeiter, von denen einige, z. B. Pancirolus a. a. O. und andere in Glücks ausführl. Erläut. etc. not. 57. S. 84. genannte, die Vertheidiger der in Note 4. berührten Ansicht lebhaft bekämpfen. Unter den neuern gründlichen Exegeten hat insbesondere Noodt *Comm. in Pand.* Lib. 1. Tit. 1. diesen Versuch angestellt.

3) Isidor *Origin.* Lib. 5. c. 6. (S. unten not. 13.) §. 2. *I. de I. N. G. et C.* §. 2. *de iure personar. Pr. de libertin.* L. 4. *D. de I. et I.* L. 4. *pr.* §. 1. *de statu hominis.* L. 64. *de condict. indeb.* Eben hierauf beziehe ich auch die bemerkenswerthe Aeußerung in L. 9. §. 7. *D. de pecul.*

daß dem ursprünglichen rein philosophischen Jus Gentium später eine positive Beimischung von wenigen, durch mißbräuchliche Observanz allgemein sanctionirten, willkührlichen Sätzen hinzugefügt worden sei [4]). Erst in der neuesten Zeit ist die gerade entgegengesetzte Ansicht zur Sprache gebracht. Hugo überweist dem römischen Jus Gentium eine lediglich factische Grundlage, indem er zu demselben diejenigen Rechtssätze zählt, welche bei sämtlichen den Römern bekannt gewordenen gebildeten Völkern in übereinstimmender practischer Anwendung sich vorfanden [5]). Er vindicirt die Bekanntschaft dieses Rechts schon der frühesten Periode des römischen Staats [6]), und bringt dasselbe mit der Jurisdiction des Prätor Peregrinus in Rom in unmittelbaren Zusammenhang [7]). Erst der spätern Zeit wird durch ihn das Bestreben zugestanden, dies System positiver Satzungen wissenschaftlich zu begründen; mit dem Bemerken, daß der Einfluß der Lehren griechischer Philosophen zu manchen blos theoretischen Spitzfindigkeiten, namentlich zur Trennung des Jus Gentium von dem Jus Naturä im engern Sinne, verleitet habe [8]). Obgleich diese Sätze in der Form bloßer Postulate vorgetragen sind, so hat es doch nicht an beifälligen

---

4) Außer den bei Glück a. a. O. namhaft gemachten Vertheidigern dieser Theorie vergl. insbesondere des H. Donellus *Commentar. I. C.* Lib. 1. c. 7. und die von Ernstius *Brevior. adnotation. in Lib. 1. Dig.* (in Meermann's *Thesaur.* T. VI p. 843 sq.) citirten Autoren.

5) S. Deßen Geschichte des R. Rechts bis auf Justinian. 9te Aufl. S. 89. fg. S. 384. fg. S. 394.

6) Ebendas. S. 89. fg.

7) Das. S. 299. S. 394.

8) Das. S. 368. a. E. fg. S. 384. S. 748.

Urtheilen über sie gefehlt [9]). Die allgemeinen Aeußerungen der römischen Rechtsquellen über das Wesen des Jus Gentium in Uebereinstimmung damit zu setzen hält nicht schwer; allein eine gründliche Erörterung des gesamten Gegenstandes darf dabei nicht stehen bleiben: sie muß vielmehr die einzelnen, entschieden ächten oder problematischen, Institute des Jus Gentium prüfen, deren Verhältnis zu den Instituten des römischen Jus Civile genau bestimmen [10]), und der in diesem Punkte so wichtigen Kunstsprache der römischen Juristen besondere Aufmerksamkeit zuwenden.

---

9) S. Mackeldey Lehrbuch des heut. R. Rechts. §. 105. not. c. N. Falck jurist. Encyclopädie. 2te Aufl. §. 71. Kiel. 1825. 8. Schweppe Röm. Rechts-Geschichte. §. 23. §. 23 a. §. 24. der 2ten Aufl. Götting. 1826. 8. C. F. Freisleben Beiträge zur Röm. Rechtsgeschichte. Heft 1. S. 89. not. 2. S. 105. fgg. S. 114. Leipz. 1826. 8. Dagegen mit Hintansetzung der Ansicht Hugo's erklärt sich A. W. Heffter *Prolusio de antiquo iure gentium*. Bonn. 1823. 4. für die Identität der heutigen Begriffe und der Vorstellungsweise der alten Welt vom Wesen des Völker-Rechts, und da er Spuren von deßen practischer Anwendung bei den Griechen und Römern nicht vorgefunden zu haben glaubt, so trägt er kein Bedenken, diesen Nationen ein practisches Jus Gentium durchaus abzusprechen. Eine vermittelnde Theorie, zu der sich schon Bynkershoek *Liber singular. de foro legatorum*. c. 3. (*Opp.* T. II. p. 125. Colon. Allobrog. 1761. F.) bekannte, vertheidigt Warnkönig *Commentar. J. R. priv.* Lib. 1, c. 1. No. 4. Tom I. p. 149. sq. Leod. 1825. 8.

10) Darauf hat bereits Schweikart (in Grolman's Magazin für die Philosophie des Rechts Bd. 1. S. 419. Gieß. 1798. 8.) aufmerksam gemacht, und ein Versuch zur Erledigung dieses Bedürfnißes ist so eben von Friesleben a. a. O. S. 88. fgg. angestellt worden.

Die Zeugniße der claßischen römischen Juristen [11]), welche mehr oder minder entstellt in den Berichten der neugriechischen [12]), so wie der spätesten lateinischen [13]) Referenten

---

11) Gajus *Institution. Comm.* I. §. 1. §. 52. §. 189. vergl. §. 197. Justinians *Institution. Pr.* — §. 2. und §. 11. *de I. N. G. et C.* §. 1. *de his qui sui vel al. Fragm. Dositheau de iuris specieb. et manumissionib.* §. 1. L. 1. §. 4. vergl. §. 3. L. 9. *D. de I. et I.* L. 1. §. 1. *de his qui sui v. al.* L. 1. *pr. de A. R. D.* L. 1. *locati.*

12) Theophilus *Paraphras. Institution.* Lib. 1. Tit. 2. Pr. Der Mangel an Critik zeigt sich hier vornehmlich in den angeführten Beispielen, wo Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts, sei es im Ganzen, wie z. B. bei der Geldstrafe für den Dieb, oder gar mit Bezugnahme auf das spätere röm. Recht, wie z. B. bei der Andeutung, daß die Gewalt des Herrn über die Person des Sklaven beschränkt sei, eingemischt sind. Auch die Zuzählung der Testamente zu den Instituten des Jus Gentium scheint auf irgend einer Misdeutung zu beruhen, vielleicht auf der Andeutung des Gajus über die Gültigkeit der Testamente von Peregrinen nach dem Recht ihrer Heimath, oder auf der Aeußerung Justinians über die Oral-Fideicommiße. (S. unten Cap. 3.). Harmenopulus *Promtuar jur.* Lib. 1. Tit. 1. §. 9. (in Meermanns *Thesaur.* T. VIII p. 13). deßen unrichtige Darstellung einstimmig getadelt ist. (Vergl. die Ausleger bei Meermann a. a. O.) Ist der Text nicht verdorben, (und vielleicht die Aenderung zuläßig: ὀυκ ἔθνος ἐν ᾗ, κ. T. A.) so hat der Neugrieche in der von ihm benutzten Quelle das negative Requisit des Jus Gentium mit dem affirmativen verwechselt.

13) Isidor *Origin.* Lib. 5. c. 4. Ius naturale est, aut civile aut gentium. Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua, habeatur: ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas; adquisitio eorum, quae coelo, terra marique capi-

widertönen, stützen die Eigenthümlichkeit der Institute des Jus Gentium zunächst auf das bloße äußere Merkmal, daß ein Rechtsverhältnis bei allen Völkern in gleichmäßiger Anwendung sich darstelle, und daß daher die Befugnis zur Theilnahme an demselben ganz unabhängig sei von dem Besitze des Bürgerrechts eines einzelnen Staates, indem jeder Peregrine, in der Fremde so wie in der Heimath, als hinreichend legitimirt dazu erscheine[14]). Zwar nehmen jene juristische Claßiker gelegentlich auch auf das innere Criterium der Vernunftgemäßheit solcher Anordnungen Rücksicht[15]), und die nichtjuristischen Referenten heben dies Merkmal sogar ausschließlich hervor[16]); allein ihre Darstellung läßt nicht verkennen, daß sie demselben lediglich die Eigenschaft eines zufälligen Aggregats zugestehen, deßen Abwesenheit, bei dem Vorhandenseyn jener factischen Requisite, keinen Zweifel an der Gültigkeit eines Institutes nach Jus Gentium aufkommen läßt; wie z. B. bei der Sklaverei[17]). Die Berücksichtigung eines so schwankenden Aggregats darf aber bei den

---

untur. Item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio; violentiae per vim repulsio. Nam hoc, aut si quid simile est, nunquam iniustum sed naturale aequumque habetur. c. 6. Ius gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita; et inde ius gentium, quod eo iure omnes fere gentes utuntur.

14) Gajus *Institution.* *Comm.* II. §. 40. *Comm.* III. §. 93. §. 197. vergl. §. 189. §. 193. ferner §. 134. vergl. §. 132. §. 133. §. 179. a. E.

15) Vergl. oben not. 11. und unten Cap. 2. not. 69.

16) Ernesti *Clavis Ciceron.* v. Ius.

17) S. oben not. 3.

trefflichen Juristen der römischen Kaiser-Periode um so weniger befremden, als um dieselbe Zeit der Streit der juristischen Schulen zu dem Bestreben geführt hatte, auch im positiven einheimischen Recht neben der äußern Sanction einzelner Rechtsinstitute den Zweck und die innern Criterien derselben nicht unberücksichtigt zu laßen[18]. Was nun von dem Principe der Vernunftgemäßheit des Jus Gentium bemerkt wurde, gilt auch von den daraus abgeleiteten Folgerungen, nehmlich von dem unvordenklichen Alter der Entstehung und von der Unabänderlichkeit der Satzungen dieses Rechts[19]. So sehr auch manche Bearbeiter des römischen Rechts[20] geneigt sind, diese Prädicate zu den wesentlichen zu zählen, so wenig können sie sich auf die consequente Anwendung derselben in den römischen Rechtsquellen stützen. Denn abgesehen, daß die Römer mit dem nehmlichen Ungrunde den positiven Einrichtungen des Jus Gentium einen vorhistorischen Ursprung zugestehn, als sie den Kreis der factischen Anwendung desselben auf die ihnen bekannt gewordenen cultivirten Nationen beschränken, und sämtliche vom orbis romanus getrennte Völkerschaften ignoriren; so ist die Wahrnehmung entscheidend, daß ihre Juristen das Prädikat der Unabänderlichkeit auch allen denjenigen Eigenheiten der Institute des Römischen Civilrechts beilegen, die in dem

---

18) Vergl. des Verf. Beiträge zur Kunde des R. Rechts S. 46. fg. S. 130. Leipz. 1825. 8. Wir dürfen demnach nicht eine blinde Nachahmung griechischer Philosopheme durch die Röm. Juristen voraussetzen.

19) §. 11. *I. de rer. divis.* §. 11. *de I. N. G. et C. L.* 1. *pr. D. de A. R. D.*

20) Vergl. Panciroлus a. a. O. Noodt *Probabil.* Lib. 2. c. 11. Schweppe a. a. O. Friesleben a. a. O. S. 101. S. 114. S. 116.

Begriffe derselben [21]), oder auch nur in der politischen Stellung der ihnen zum Grunde liegenden Organe des einheimischen Rechts [22]), wurzelten.

Die bekannte Consequenz des Räsonements der römischen Juristen vermißt man dagegen nicht in denjenigen Folgerungen, welche sie aus den oben als wesentlich bezeichneten factischen Prämißen des Jus Gentium ableiten. So wie das Zugeständnis der allgemeinen Anwendbarkeit bei Peregrinen identisch mit der Bezeichnung ist, es gehöre ein Institut dem Jus Gentium an [23]), ebenso enthält umgekehrt die Bezugnahme auf die Einrichtungen einer einzelnen *peregrina civitas*, oder einiger *peregrinae civitates*, die bestimmteste Negation des Jus Gentium [24]), und es

---

21) Dies wird z. B. der subjectiven Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten zugestanden, (L. 25. §. 9. *D. famil. erciscund.*) und von der Unzuläßigkeit des *verus ususfructus* an unkörperlichen oder verzehrbaren Sachen behauptet. (L. 2. §. 1. *D. de usufr. ear. rer.* §. 2. in f. *I. de usufr.*)

22) Das kommt vornehmlich bei der Nachbildung streng civiler Institute durch das Prätorische Edict zur Sprache, und liegt der oft wiederkehrenden Aeußerung der römischen Rechtsquellen zum Grunde, der Bonorum Possessor sei blos *heredis loco*, indem der Prätor niemanden, den das Civil-Recht von der Erbfolge ausschließe, zum eigentlichen *heres* erheben könne. Gajus *Institution. Comm.* III. §. 32. Ulpian's *Fragm.* Tit. 28. §. 12. Justinian's *Inst.* §. 2. *de bonor. poss.*

23) Vergl. oben not. 14.

24) Gajus *Comm.* I. §. 92. vergl. §. 95. ferner §. 55. §. 193. *Comm.* III. §. 96. Ulpian a. a. O. Tit. 20. §. 14. Diese Schlußfolge will freilich Freiesleben a. a. O. S. 91. S. 104. fgg. S. 117. S. 120. fgg. S. 128. S. 130. fgg. S. 137. nicht gelten laßen, obwol die von ihm angeführten Worte Cice-

steht demnach zu vermuthen, daß da, wo die juristischen Claßiker einen Rechtssatz nur annäherungsweise als eine allgemein geltende Regel bezeichnen, sie über deßen Aufnahme unter die Principien des Jus Gentium nicht vollkommen einig gewesen seien [25]). Mit derselben Strenge dringen sie bei den Instituten des Jus Gentium auf die vollkommene Gleichheit der Anwendung des fraglichen Rechtssatzes bei den verschiedenartigsten Völkern. Indem sie daher einräumen, daß gewiße eigenthümlich-römische Einrichtungen in blos analoger Gestalt auch außerhalb Rom's sich hin und wieder in Gebrauch zeigen, stellen sie zugleich deren Gültigkeit nach Jus Gentium bestimmt genug in Abrede [26]). Dagegen streitet denn auch nicht der Einwand, daß bei entschiedenen Instituten des Jus Gentium einer abweichenden Festsetzung

ro's (*de offic.* Lib. 3. c. 5. Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus respublica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri.) unsrer Annahme durchaus günstig sind. Er glaubt vielmehr daß auch die Institute des Jus Civile einer einzelnen auswärtigen Nation von den Römern zum Jus Gentium gezählt worden seien, und trägt deshalb kein Bedenken, auch die Lex Rhodia *de iactu* dahin zu ziehen, (S. 163.) für welche E. Meyer (*Diss inaug. de historia legum maritimar. medii aevi celeberrim.* Introduct. p. 10. Gotting 1824.) dieselbe Auszeichnung, obwol zum Theil aus andern Gründen, in Anspruch genommen hat. (Ueber Meyers Conjectur, die Schweppe a. a. O. §. 74. gebilligt hat, S. Rogge, in den Heidelberg. Jahrbüchern 1826. No. 1. 2. S. 17.) Vergl. auch J. Gothofredus *Diss. de imperio maris.* c. 7. sqq. c. 13. in *Opusc. var.* Genev. 1654. 4. Bynkershoek *Lib. sing. ad* L. 9. D. *de L. Rhodia in Opp.* T. II. p. 73. sqq.

25) Gajus *Comm.* I §. 189.

26) Ebendas. §. 55. vergl. §. 189. §. 193. *Comm.* III. §. 132. fg.

des einheimischen Rechts einzelner Civitates gedacht wird [27]). Es kam nehmlich bei diesen Instituten nur darauf an, ob sie in der Totalität ihres Begriffs dem Recht aller bekannten *peregrinae civitates* gemeinsam waren, nicht aber darauf, ob in allen Einzelheiten ihrer Voraussetzungen und Wirkungen, insofern ihre Abweichung in diesen Punkten die Eigenthümlichkeit ihres Begriffs nicht alterirte [28]); eine genaue Harmonie in der Rechtsverfassung aller fremden Staaten angetroffen ward. Abweichungen solcher Art boten sich den Römern in dem einheimischen Recht der ihnen stammverwandten benachbarten Italiker hinsichtlich des Civilrechts in Maße dar [29]), und sie glaubten bei dem ungleich umfassendern Jus Gentium um so eher ein ähnliches Zugeständnis nicht verweigern zu dürfen. Zum Beweise für diese Annahme werden die folgenden Beispiele genügen.

---

27) Zu den Ausnahmsfällen, in denen Form und Umfang der einzelnen Wirkungen den rechtlichen Begriff des Institutes bedingen, zählen die Römer die Patria Potestas, welche sie daher auch ausschließlich ihrem einheimischen Rechte vindiciren. Gajus *Comm.* I. §, 55. §. 189.) Auch die Eigenthümlichkeit einer einzelnen römischen Contractsform konnte so innig verwebt mit dem Zweck und Inhalt derselben erscheinen, daß jede Abweichung davon in dem Local-Recht anderer Civitates dem Zweifel Raum gab, ob dadurch nicht der Begriff des Institutes wesentlich modificirt sey. So erklärt sich das von Gajus *Comm.* III. §. 133. geäußerte Bedenken, ob die *nomina transscriptitia* als ein Institut des Jus Gentium anzusehen seien.

29) Es mag hier nur auf das, nach der Relation des Juristen Servius bei A. Gellius *Noct. Attic.* Lib. 4. c. 4. im alten *Latium* gültig gewesene Recht, die Vollziehung der Ehe zwischen Verlobten durch Verurtheilung des Zurücktretenden in eine Geldbuße sicher zu stellen; ferner auf die bei Livius Lib. 4. c. 9 angedeutete Bestimmung des Local-Rechts von

Die Sklaverei wird einstimmig von den claßischen Referenten aus dem Jus Gentium abgeleitet[30]; die einzelnen Entstehungsgründe derselben, so wie sie das römische Recht darstellt, gehörten aber nur zum geringsten Theil dieser allgemeinen Rechtsquellen an, indem das einheimische Recht der Römer dieselben bedeutend vermehrt hatte, so daß die Juristen sich genöthigt sahen, die *adquisitiones iuris gentium* und *iuris civilis* zu unterscheiden[30]. Auf gleiche Weise wurzelte zwar die Unterwerfung der Person und des Erwerbes der Sklaven unter die Botmäßigkeit des Herrn bereits in dem Jus Gentium[32] allein damit sind Beschränkungen des einheimischen Rechts hinsichtlich des Umfanges der Verfügungsfreiheit sehr wohl vereinbar; und diese haben bekanntlich bei den Römern zu verschiedenen Zeiten gewechselt[33]. Das Princip: *liberos matris conditionem sequi*, wird, als dem Jus Gentium angehörig, auch im römischen Recht in subsidium angewendet, da wo nicht das Jus Civile ausdrücklich eine Ausnahme davon anerkannt hat[34]. Gleich-

---

Ardea, daß zur Gültigkeit der Heirath eines Frauenzimmers die Zustimmung der Mutter, so wie des Vormundes, wesentlich sei; endlich auf die abweichende Festsetzung des einheimischen Rechts von Arpinum aufmerksam gemacht werden, dem zufolge die Sacra Privata nicht, wie in Rom, dem Erben der Güter zufielen. Cicero *de Legib.* Lib. 2. c. 19—21. vergl. Cato *Origin.* Lib. 2. bei Priscian *Art. grammat.* Lib. 4. p. 629 *ed. Putsch.* Savigny in der Zeitschrift f. gesch. Rs. W. Bd. 2. No. 15.

30) Vergl. die Citate in not. 3.

31) §. 2. *I. de iure person.* L. 5. §. 1. D. *de statu homin.*

32) §. 1 *I. de his qu. sui v. al.*

33) Gajus *Comm.* I. § 53. L. 1. §. 2. L. 2. *D. de his qui sui v. al.* §. 2. *I. eod.*

34) Gajus *Comm.* I. §. 86. L. 24. *D.* de *statu hom.* Freiesleben a. a. O. S. 111. not. 27. S. 115.

wohl sind dergleichen Ausnahmen im römischen Recht von der umfaßendsten Art. Sie gelten nehmlich nicht blos aus politischen Gründen, zum Behuf einzelner subjektiver Begünstigungen oder Benachtheiligungen [35]; sondern sie begleiten vorzugsweise die väterliche Gewalt, so daß jenes Princip selbst der folgenreichen allgemeinen Beschränkung unterworfen ist: *non interveniente connubio liberos matrem sequi* [36]. Die *Tutela impuberum* wird auf unzweideutige Weise als ein Institut des Jus Gentium bezeichnet [37]; die Gründe der Delation des vormundschaftlichen Amtes erscheinen aber bei dem Römern eigenthümlich modificirt. Abgesehn, daß die Angabe des Gajus [38] es nicht über allen Widerspruch erhebt, ob die *Tutela testamentaria* dem Jus Gentium bekannt gewesen sei, so sind die Voraussetzungen ihrer Anwendnng im römischen Recht positiv genug beschränkt [39]; gleichwie die gesetzliche Vormundschaft der Verwandten, wegen ihres engen Znsammenhanges mit der civilen Intestat-Erbfolge, sich durch die Eigenthümlichkeit ihrer Bedingungen hinreichend vom Jus Gentium entfernt hält [40]. Das Institut des Eigenthums-Rechts wird allgemein dem Jus Gentium zugesprochen [41], obgleich die civile Form desselben, wegen der Eigenheit ihrer prozeßualischen Wirkungen, dem Zutritte der Peregrinen von

---

35) Gajus a. a. O. §. 83. — 86. Ulpian *Fragm.* Tit. 5. §. 8.

36) Gajus ebendas. vergl. §. 80. §. 56. Ulpian a. a. O. §. 8. — 10. L. 19. *D.* 1. 1.

37) Gajus ebendas. §. 189. §. 197. §. 6. I. *Iustin. de Atil. Lat.*

38) S. oben not. 25.

39) Gajus a. a. O. §. 144. fgg.

40) Ebendas. §. 155. fgg.

41) L. 5. *D.* de I. et I. Gajus Comm. II. §. 40.

selbst verschlossen war [42]. Ja am auffallendsten ist es, daß diejenigen Erwerbsformen des Eigenthums, die anerkannt aus dem Jus Gentium herstammen, doch in höchst wesentlichen Punkten der Anwendung positiv normirt durch das einheimische Recht der Römer erscheinen. Gajus leitet bei den einzelnen hieher gehörigen Beispielen lediglich den allgemeinen Begriff des Erwerbsactes aus dem Jus Gentium ab; dagegen nicht nur die genaue Bestimmung der äußern Kennzeichen der Voraussetzungen dieses Erwerbes und des Zeitpunktes seiner Perfektion, sondern vornehmlich die Entscheidung der wichtigen Frage: wer von mehreren bei diesem Erwerbe concurrirenden Berechtigten den Vorrang genießen solle? wird von ihm nach den positiven Bestimmungen des römischen Civilrechts beantwortet [43], und zum Theil als bestritten zwischen den römischen Juristen [44], oder als wechselnd nach den subjectiven Ansichten der einzelnen Kaiser [45] dargestellt. Endlich die erlaubten Verträge waren ohne Ausnahme dem Jus Gentium bekannt [46]; dennoch erscheinen,

---

42) Schweppe a. a. O. §. 24. Dem widerspricht nicht der Inhalt der L. 23. *D.* de *R. V.*, der nur andeutet, daß in Bezug auf ein des civilen Eigenthums fähiges Subject die positive Quelle des einzelnen Erwerbs modus gleichgültig sei. Abweichend ist Freisleben a. a. O. S. 127.

43) Vergl. z. B. Gaius *Comm.* II. §. 66. fgg. (§. 15. *I. Iust. de R. D.*) wo der Ausdruck *talem habemus regulam traditam*, offenbar eine positive Festsetzung der Doctrin bezeichnet, und, ähnlich wie sonst die *regula juris civilis*. dem Jus Gentium entgegensteht. Brissonius de *V. S.* v. *Regula.* Gajus a. a. O. §. 114. L. 2. *pr. D. locati. Pr. I.* eod. L. 7. §. 7. vergl. L. 28. *pr. D. de pact.*

44) So namentlich beim Malen, (Gajus *Comm.* II. §. 77. fgg., und bei der Specification. (Ebendas. §. 79.)

45) Insbesondere beim Erwerbe des Schatzes. §. 39. *I. de R. D.*

46) S. unten Cap. 3. not. 142. fgg.

und zwar nicht blos in Folge der eigenthümlichen römischen Ansicht von Verbal- und Real-Contracten, sondern selbst bei den Consensual-Contracten, der Moment des Anfangs ihrer Gültigkeit, so wie die Verhaftung der Intereßenten wegen *dolus*, *culpa* und *casus*, abweichend durch das einheimische römische Recht normirt [47]).

Eben so wie bei der Bestimmung des Begriffs von Jus Gentium, hat bei der Ermittelung von deßen Umfang, nehmlich in Hinsicht auf die Frage: ob das Jus Gentium ausschließlich eine Quelle für das Privatrecht gewesen sei? oder ob es sich auch auf das öffentliche Recht erstreckt habe? die beschränkte Berücksichtigung der allgemeinen Aeußerungen in den Quellen des römischen Rechts nachtheilig auf die Untersuchungen unsrer Juristen eingewirkt. Weil nehmlich Ulpian [48]), nachdem er zuvor gelegentlich des Jus Publicum gedacht hat, das Jus Gentium nur unter den Quellen des Jus Privatum nennt, so haben die Ausleger [49]) sich zu dem Trugschluß verleiten lassen,

---

47) Nach dem Jus Gentium hing der Moment der Perfection des Vertrages lediglich von der unfeierlichen Erklärung des definitiven Consenses der Paciscenten ab. L. 1 §. 2 *D. de contr. emt.* L. 1. *D. locati.*

48) L. 1. § 2. *D. de I. et D.* §. fin. *I. eod.*

49) Eine Uebersicht derselben findet man bei W. Ranchinus *Var. Lection.* Lib. 3. c. 4.) in Otto's *Thesaur.* T. V. p. 951. sqq.). Auch in der neuesten Zeit hat diese Ansicht Vertheidiger gefunden, (Schweppe a. a. O. §. 23 vergl. §. 642.) zumal in der Person derjenigen, die den heutigen Begriff des Natur- und Völker-Rechts auch bei den Griechen und Römern in Anwendung gefunden zu haben glauben. (Vergl. Heffter a. a. O.) Indeß fehlt es auch nicht ganz an Bekennern der entgegengesetzten Theorie, nach welcher das Jus Gentium als eine gemeinsame Quelle für öffentliches und Privat-Recht von den Römern anerkannt ist. S.

es sei nach der Ansicht der Römer kein Zusammenhang zwischen dem öffentlichen Recht und dem Jus Gentium erweislich gewesen. Um den Vorwurf der Ungenauigkeit von Ulpian zu entfernen, bedürfen wir freilich nicht der Ausflucht von Noodt[50]), daß es dem Plane des Juristen fremd gewesen sei, von den Quellen des öffentlichen Rechts an diesem Orte zu handeln[51]); denn ungleich näher liegt dieser Grund zur Rechtfertigung, daß Ulpian den Begriff des Jus Publikum nach dem bekannten Sprachgebrauche der Römer[52]), auf das Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern beschränkt habe, so daß bei dieser Gelegenheit, wegen der ausgeschlossenen Beziehung zu fremden Staaten, von keinem unmittelbaren Einfluß des Jus Gentium die Rede seyn konnte. Nichts desto weniger scheint die Petitio Principii jener Ausleger durch einige andre Umstände unterstützt zu werden; insbesondre durch die Bemerkung, daß die Rechtsprincipien für die Beurtheilung der Verhältniße Auswärtiger zum römischen Staate fast nirgend ausdrücklich auf das Jus Gentium zurückgeführt werden, und entweder ohne genauere Bezeichnung der Quelle genannt sind[53]), oder wohl gar als Aus-

---

Burchardi Grundzüge des Rechts-Systems der Römer. S. 5. fgg. Bonn 1822. 8. Freiesleben a. a. O. S. 136. fgg.

50) *Commentar. ad Pandect.* Lib. 1. Tit. 1.

51) Es ließe sich dafür auch das Beispiel des Gajus anführen, der in der Einleitung seiner Institutionen das Jus Publicum bei der Angabe der Rechts-Quellen unbeachtet gelaßen hat.

52) Brissonius a. a. O. v. Publicus. §. 6. v. Ius. §. 2.

53) Seneca *de benefic.* Lib. 4. c. 35. Permisi tibi filiam in matrimonium, postea peregrinus apparuisti: non est mihi cum externo connubium. Vergl. Ulpian *Fragm.* Tit. 5. §. 3. fgg. Gajus a. a. O. *Comm.* I. §. 76. fgg. L. 51. *pr. D. de A. R. D.*

flüße positiver römischer Festsetzungen erscheinen[54]); vornehmlich aber durch die Wahrnehmung, daß griechische Referenten die Observanz der Römer in diesem Punkte als nicht geradezu übereinstimmend mit jener der übrigen Nationen darstellen[55]). Diese Scheingründe laßen sich indeß mit leichter Mühe entkräften. Wenn irgendwo die für das Verhältnis kriegführender Völkerschaften geltenden Bestimmungen mit dem Namen *Ius belli* bezeichnet werden, so darf man dies nicht für eine ungenaue Terminologie halten, indem andre claßische Zeugniße die Identität derselben und der gangbareren Benennung Jus Gentium außer Zweifel setzen[56]). Das nehmliche gilt von der Bezeichnung *Ius legatorum*[57]). Erwägt man ferner, daß die Römer die Zugestehung politischer Rechte an Fremde, von der ausdrücklichen vertragsmäßigen Sanction dieser einzelnen Befugniße abhängig machten, und daß sie in ihren Bundesverträgen auch die durch allgemeine Observanz geheiligten Regeln des Verkehrs, durch besond[illegible] Stipulationen genauer zu bestimmen pflegten[57a]); so hat es nichts

54) Livius Lib. 1. c. 32. L. 4. vergl. L. 7. pr. L. 12. pr. L. 19. pr. *D. de captiv. et postlimin.*

55) Polybius Lib. 20. c. 9. Lib. 21. c. 1. Lib 36. c. 2.

56) Cicero *pro Rabir. Post.* c. 15. Isidor a. a. O. (oben not. 13.)

57) Valerius Maximus. Lib. 6. c. 6. §. 2. (vergl. unten not. 61.)

57a) So z. B. das Recht, römische Exulanten aufzunehmen, bildete bei den Italischen Bundesstädten den Gegenstand besonderer Festsetzungen in ihrem Födus mit Rom. Polybius Lib. 6. c. 14. Es ist daher sehr gewagt, wenn Heffter a. a. O. S. 7. fgg. das Vorkommen vertragsmäßiger Verabredungen über völkerrechtliche Sätze bei den Griechen und Italikern als einen stringenten Beweis für seine Behauptung betrachtet, daß es den Nationen des Alterthums bei der Beurtheilung ihrer völkerrechtlichen Verhältniße durchaus an einem Jus Gen-

befremdendes, wenn unsre Rechtsquellen das nehmliche Institut, z. B. das *Ius postliminii*, bald aus einem Organ des einheimischen römischen Rechts, bald aus der *naturalis ratio* oder dem Jus Gentium ableiten [58]. Entscheidend ist es, daß die Erzählung des Livius a. a. O. von einem Gesetze des Ancus Marcius über die feierliche *rerum repetitio* und *belli indictio* durch die Fecialen von dem ausdrücklichen Zusatze begleitet ist, diese Festsetzung sei dem Rechte der Aequicoler abgeborgt worden. Es dient dies zur Bestätigung der Niebuhrschen Vermuthung [59], daß die Römer die Observanz, die sich durch die ursprüngliche ausschließliche Berührung derselben mit ihren Italischen Nachbarn gebildet hatte, in der Folge bei der Ausbreitung ihres politischen und commercialen Verkehrs auch auf entfernte Nationen übertrugen, selbst wenn deren bisherige Observanz in einzelnen Punkten wesentlich abwich, wie z. B. die der Griechen

---

tium gefehlt habe. Denn wie es bei solchen Stipulationen weniger auf die Anerkennung des allgemeinen Principes, als auf die Regulirung der Einzelheiten, insbesondre in Beziehung auf die Form des rechtlichen Verfahrens, angekommen sei, erhellt aus der Vergleichung von Festus *v. Reciperatio*, (S. C. G. E. Heimbach *Diss. ad fragmenta* C. *Aelii Galli Icti, de V. S.* p. 63. sqq. Lips. 1823. 8.) mit dem *Plebiscitum de Thermensibus.* Lin. 21. — 44. (Vergl. des Verf. Versuche. S. 173. — 178. Leipz. 1822. 8.)

58) Isidor a. a. O. §. 17. *I. de R. D.* L. 19. *pr. D. de captiv.* Aehnliche Bewandnis wie mit dem Inhalt dieses Pandecten Fragments hat es mit der, aus einer trefflichen juristischen Quelle entlehnten, Relation des Festus v. *Postliminium.* (Vergl. Heimbach a. a. O. p. 19. — 21.) Der daselbst vorkommende Ausdruck: *ius constitutum*, mag von besondern ausdrücklichen Stipulationen verstanden werden, (S. unten not. 95.) allein die Schlußworte der Stelle laßen eine Beziehung auf das Jus Gentium nicht verkennen.

in Hinsicht auf das Recht der Eroberung gegen die Person und den Grundbesitz der Ueberwundenen: und es hängt dies wieder zusammen mit der, dem allgemeinen Begriffe des Jus Gentium zum Grunde liegenden, Petitio Principii, daß in den Augen der Römer die ihnen bekannt gewordenen cultivirten Nationen als die Summe aller Bewohner des Erdballs gegolten haben; gleichwie sich eben daher die Unsicherheit in der Darstellung der griechischen Historiker von den Eigenheiten einzelner Institute des römischen Jus Gentium genügend deuten läßt.

Es fehlt überdem nicht an directen Zeugnißen dafür, daß das Jus Gentium der Römer auch die Verhältniße ihres Staats zu auswärtigen Nationen umfaßt habe[59 a]). Isidor[60]), der hier unfehlbar eine glaubwürdige juristische Quelle benutzt hat, vindicirt dem Jus Gentium das *Ius belli* überhaupt, die Kriegsgefangenschaft und das *Ius postliminii*, die Bundes- und Waffenstillstands-Verträge, die Unverletzlichkeit der Gesandten, und das Verbot einer civilen Ehe zwischen Römern und Peregrinen. Diese Zusammenstellung wird durch innere Gründe gar sehr unterstützt, und für einzelne der darin hervorgehobenen Institute fehlt es auch nicht an anderweitigen äußern Argumenten[61]).

---

59) Deßen Röm. Gesch. Bd. 1. S. 116.

59 a) des trügerischen Argumentes, daß auch der Inhalt der Rhodischen See-Gesetze dem Jus-Gentium angehört habe, ist oben (not. 24.) gedacht worden.

60) S. oben not. 13.

61) Von dem Jus Postliminii ist so eben die Rede gewesen. Von der Unverletzlichkeit der Gesandten, und der Auslieferung der Urheber von Beleidigungen einer auswärtigen Körperschaft bezeugen das nehmliche Livius Lib. 1. c. 14. Lib. 2. c. 17. c. 19. Lib. 9. c. 10. Lib. 39. c. 25. Asconius zu Cicero *in Verrem*. Act. 2. Lib. 1. c. 33. a. E. Tacitus *Histor*. Lib. 3.

II.

Ueber die verschiedenen Arten der Bezeichnung des Jus Gentium und der Gegensätze desselben, nach dem Sprachgebrauche des klaßischen Pandecten-Rechts.

Legt man die bis hieher entwickelte Ansicht der Römer von dem Wesen des Jus Gentium zum Grunde, so schwindet jeder Schein der Willkühr und Ungenauigkeit in der Terminologie der claßischen Juristen, und jene Ansicht selbst wird wiederum rückwärts bestätigt durch die, in den gangbaren Bezeichnungen des Jus Gentium so wie des Jus Civile ausgesprochenen, Beziehungen. Da nehmlich dieser Gegensatz der Rechtsquellen nur specifisch und nicht generisch verschiedene Begriffe andeutet, so konnte es nicht fehlen, daß sowol diejenigen Bezeichnungen, welche auf ein positiv sanctionirtes Recht überhaupt hinweisen, als auch diejenigen, die eine gemeinrechtliche in subsidium anwendbare Norm ausdrücken, (wobei in dem Grade des Umfangs ihres verpflichtenden Ansehens ein erheblicher Unterschied gedenkbar ist,) dem Jus Gentium und dem Jus Civile wechselsweis beigelegt wurden.

Zu diesen gemeinsamen Benennungen gehören, (um der gleich weiter zu erwähnenden Bezeichnung *Lex*, die durch umschreibende Beisätze genauer charakterisirt zu werden pflegt, hier nicht zu gedenken,) vornehmlich die Ausdrücke: *Ius* per eminentiam und *Ius commune*. So bedenklich es immerhin

---

c. 80. L. fin. D. *de legationib.* Vergl. *Cujacius Obss.* Lib. 11. c. 5. Niebuhr a. a. O. Bd. 2. S. 5. a. E. S. 242. z. Anf. Freiesleben a. a. O. S. 138 fgg.

seyn mag, bei der Anführung allgemeiner juristischer Gebote oder Verbote in den römischen Rechtsquellen die Bezeichnung *Ius* und *Iura*, selbst da wo sie durch den Gegensatz der *Leges* oder der *aequitas* näher bestimmt wird, von dem Ius Gentium allein oder in Verbindung mit dem Ius Civile zu deuten, indem sich dergleichen Aeußerungen vorfinden, bei welchen eine Beschränkung auf das einheimische Recht der Römer durch den Zusammenhang nothwendig geboten wird[62]; so fehlt es doch wiederum nicht an andern Zeugnißen, die jene unbestimmte Benennung ausdrücklich auf das Ius Gentium beziehn[63]. Aehnlich verhält es sich mit dem Ausdruck *Ius commune.* Da wo derselbe von den gangbaren Bezeichnungen des einheimischen römischen Rechts getrennt, oder durch den umschreibenden Zusatz: *commune omnium hominum ius*, genauer begrenzt wird[64], ist deßen Zusammenhang mit dem Ius Gentium unbestreitbar; bei einer vorzugsweisen Bezugnahme auf positive Rechtsinstitute dagegen läßt der Zusammenhang der Darstellung entweder bestimmt erkennen[65],

---

62) A. Gellius *Noct. Att.* Lib. 10. c. 3. L. 2. §. 13. *D. ne quid in loco pub.* L. 3. §. 1. *de pecun. constit.* vergl. L. 54. *de condict. indeb.* L. 13. in f. *de iniur.* L. 52. §. 3. *de pact.* Brissonius a. a. O. v. *Ius* §. 7.

63) L. 45. §. 4. *D. ad L. Aquil.* vergl. L. 4. *pr.* ib. L. 3. de *I. et I.* L. 1. §. 18. *de O.* N. N.

64) Gajus *Comm.* I. §. 1 a. E. L. 9. *D. de I. et I.* Cicero a. a. O. Act. 1. c. 4. a. E. und der anonyme Scholiast das. in des Grävius Ausg. von Cicero's Reden T. 1. P. 1. p. 361. Amstel. 1699. 8.

65) Dahin zähl' ich die Erwähnung des Ausdrucks *Ius commune* in L. 7. §. 16. *D. de pact.* deßen critische Aechtheit und grammatische Zuläßigkeit Fr. Hotomanus *Obss.* Lib. 13. c. 24. (*Opp.* T. II. p. 423. sq. Par. 1599. F.) ohne zureichenden Grund bestritten hat. Entsprechende Aeußerungen der Quellen, über das hier in Frage stehende Princip (S. z. B. Paulus *R. S.*

oder mindestens vermuthen[66]), daß *Ius commune*, wenn auch nicht in der strengen kunstgerechten Bedeutung, die dem *Ius singulare* gegenüber steht, zu nehmen, so doch von der Gesammtheit der Quellen des einheimischen Rechts der Römer zu deuten sei[67]).

Unter den eigenthümlichen Benennungen des Jus Gentium sind diejenigen die zahlreichsten, die aus der Bezeichnung *natura*, und deren verschiednen Beugungen oder Zusammensetzungen, bestehen. Dahin gehören die Ausdrücke: natura ohne allen Beisatz[68]); ferner *ratio naturalis*[69]), und abgekürzt *ratio* schlechthin[70]); *aequitas naturalis*[71]);

Lib. 1. Tit. 1. §. 4. wo *Leges* und *boni mores*, so wie *Consultat. vet. Icti* §. 4., wo *Leges* und *ratio* neben einander genannt sind,) mögen der gleichzeitigen Beziehung auf Jus Civile und auf Jus Gentium nicht durchaus entgegen seyn, allein bei dem vorliegenden Pandectenfragment erscheint die Sache anders angethan. Die Schlußworte des §. 15. gedenken nur der *iuris forma*; der Rückblick auf die in §. 7. specificirten Quellen des einheimischen römischen Rechts ist dabei nicht zu verkennen, und einer vorzugsweisen Berücksichtigung der *regulae iuris civilis* bei dem in Frage stehenden Princip begegnet man auch in andern Stellen des nehmlichen Titels z. B. L. 28. pr. *D. eod.*

66) Hieher zähle ich weniger die L. 59. §. 4. *D. mand.*, in welcher der Ausdruck *ius commune* bestimmt genug an den Gegensatz von *ius singulare* erinnert, als vielmehr den §. 7. *I. de nupt.*, wo die Ausleger sich vorzugsweis zur Beziehung desselben auf das Jus Gentium hinneigen. Vergl. Cäs. Costa *Var. ambiguitatt. iur.* Lib. 3. c. 3. (in Otto's *Thesaur.* T. IV. p. 1237. sq.)

67) Brissonius a. a. O. *v. Communis.* §. 9.

68) Ders. v. *Natura.* §. 9.

69) Ders. v. *Naturalis* in f. Elvers *Promtuar. Gaian.* v. *Naturalis ratio*

70) So häufig auch die *ratio iuris civilis* mit diesem Ausdruck bezeichnet werden mag, (vergl. *Fragm. Vatic.* §. 87. Bris-

lex naturalis[72], oder *lex naturae*[73]; und *ius naturale*[74]. Von dem *Ius naturae* im engern Sinne, oder den Gesetzen des thierischen Instincts[75], ist bei dieser Terminologie überall nicht die Rede[76]; wol aber von demjenigen, was die innere Natur eines Rechtsverhältnißes mit sich führt, und was eben daher, wegen des nothwendigen Zusammenhangs mit dem Begriff des Rechtsinstituts, auch äußerlich in jedem Staate anerkannt war[77]. Ungleich seltner stößt man auf solche Be-

---

sonius a. a. O. v. Ratio. §. 1. und die Mehrzahl der Citate bei Elvers a. a. O. v. Ratio.) so fehlt es doch keineswegs an bestimmten Beweisstellen für den Zusammenhang desselben mit dem Jus Gentium. Dahin gehören namentlich die Formulare: *nulla ratio suadet, patitur etc.* S. Elvers a. a. O.

71) Brissonius v. *Aequitas*. §. 4. Fr. Hänel *Commentat. de verborum formulis, quib. Icti vett. simul affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt.* §. 9. — 11. p. 27. sqq. 30. sq. 24. Lips. 1821. 8. Man hüte sich indeß, mit Hugo a. a. O. S. 90. S. 748. dem Ausdruck *aequitas* ohne allen Beisatz die nehmliche Beziehung auf das Jus Gentium zuzugestehn; wovon weiter unten not. 107. fgg.

72) §. 1. *I. de oblig. qu. ex del.* L. 1. §. 3. *D. de furt.*

73) Brissonius v. *Natura*. §. 9.

74) Ders. v. *Naturalis*. Elvers v. *Naturale ius*.

75) Ueber den Gegensatz zwischen diesem und dem Jus Gentium vergl. H. Donellus *Comm. I. C.* Lib. 1. c. 6.

76) Wie daraus hervorgeht, daß der *natura*, *naturalis ratio etc.* auch bei solchen Instituten gedacht wird, die dem eigentlichen *ius naturae* unbekannt waren und erst dem Jus Gentium ihren Ursprung verdankten, wie z. B. das Privat Eigenthum. Brissonius v. *Natura*. z. Anf.

77) Brissonius ebendas. Besonders anschaulich tritt dies hervor bei Gajus *Comm.* I. §. 158. so wie in L. 27. §. 3. *D. de pact.* L. 2. §. 1. *de usufr. ear. rer.* L. 20. §. 4. *de hered. petit.* L. 45. *de usufr.* L. 13. *pr.* L. 14 §. 1. *de interrog. in iure.*

zeichnungen des Jus Gentium, die von dem speciellen Inhalt einzelner Festsetzungen desselben entlehnt sind, wie z. B. *ius legationis* [78]), *belli* [79]), *commercii* [80]), u. s. w.

Derselbe genaue Zusammenhang zwischen dem Begriff der Rechtsquelle und der darauf angewandten Terminologie der römischen Juristen bewährt sich beim Jus Civile, gleich wie beim Jus Gentium, so mannichfaltig auch die Zusätze sind, die hier den beiden Grundbezeichnungen *Lex* und *Ius*, so wie der noch generelleren Benennung *Constitutio*, beigegeben werden. Die Römer charakterisiren das Jus Civile als den Inbegriff der factischen, mehr oder minder umfaßenden, Modificationen der Bestimmungen des Jus Gentium durch die Rechtsverfaßung eines einzelnen Staates [81]); und obwol sie vorzugsweis das einheimische Recht des römischen Volks mit diesem Namen belegen, so schließen sie doch keineswegs die Gesetze der einzelnen kleinern Civitates davon aus [82]).

---

78) Vergl. das Citat. in not. 57.

79) L. 51. *pr. D. de. A. R. D.* vergl. mit den Citaten in not. 56. und J. Gothofredus a. a. O. (oben not. 24.) c. 7. c. 13., der auch den Ausdruck *ius maris* in L. 9. *D. de L. Rhod.* hieher gezogen wißen will; was nicht unbedenklich seyn dürfte. (S. Bynkershoek c. 7. a. a. O. oben not. 24.) Der Ausdruck *ius militare* hat auf jeden Fall einen ungleich beschränktern Umfang als die Bezeichnung *ius belli*, indem er das im römischen Recht zu Gunsten der Soldaten geltende ius singulare bezeichnet. S. Brissonius v. *militaris* §. 1.

80) L. 6. *D. de captiv.*

81) Gajus *Comm.* I. §. 1. L. 6. L. 7. *pr.* L. 9. *D. de I. et I.*

82) Wenn auch nicht der Sprachgebrauch: *ius proprium peregrinorum*, zum Beweise hiefür angeführt werden kann, indem derselbe als eine umschreibende Bezeichnung des Jus Gentium anzusehen ist, (S. oben not. 23.) so entscheidet doch die Erwähnung der *Leges* einer einzelnen Civitas unter den, eine Ausnahme von den Vorschriften des Jus Gentium begründenden, Festsetzung des einheimischen Rechts. (oben not. 24.)

Dies erhellet aus der bemerkenswerthen Bezeichnung theilweiser positiver Modificationen einer Regel des Jus Gentium durch den Ausdruck *lex specialis* 83), welcher Sprachgebrauch ganz analog auch bei den Modificationen einer Regel des Civil-Rechts durch eine singuläre, in den einheimischen Rechtsquellen enthaltene, Beschränkung angewendet wird 84). Nicht minder sind die gangbaren Bezeichnungen der römischen Rechtsquellen für das einheimische Recht der kleinern Civitates unter römischer Herrschaft nach dieser Terminologie zu deuten 85). Die Beziehung des Ausdruckes *Lex per eminentiam* auf die Gesammtheit der Organe des römischen, zumal des ältern, Civil-Rechts wird gemeinhin übersehen. Da nehmlich bei der Vieldeutigkeit dieser Benennung es nicht fehlen konnte, daß, je nach Verschiedenheit des Zusammenhangs der Rede, die Bezeichnung *Lex* ohne allen Beisatz bald den Comitial-Gesetzen überhaupt 86), oder auch einer einzelnen

83) L. 24. *D. de statu. hom.* vergl. L. 19. ib. Gajus *Comm.* I. §. 83. — 86. Retes *Opusc.* Lib. 8. c. 5. (in Meermann's *Thesaur.* T. VI. p. 392. sq.

84) L. 27. §. 4. *D. de minor.*

85) Sie kommen unter den Namen: *Lex civitatis, municipii, municipalis*, und *Lex* schlechthin, vor. Brissonius v. Lex. §. 10. W. Fornerius *Selection.* Lib. 1. c. 13. (in Otto's *Thesaur.* T. II. p. 22. und Otto ebendas. Praefat. p. 12. sq.)

86. Brissonius a. a. O. §. 3. §. 4. Der nehmliche Sprachgebrauch liegt auch vor in den grundlos angefochtenen Textesworten der L. 44. *D. de adoption.* »ut etiam *iure legis* nepos suus esset,« indem hier auf die Arrogation in Comitien mittels der feierlichen rogatio ad populum Bezug genommen ist. Die Richtigkeit des angeführten Florentinischen Pandecten-Textes bewährt sich auch durch die Vergleichung des Valerius Probus *de notis Rom.* c 9. p. 98. (der Ausgabe von H. Ernstius in Meermann's *Thesaur.* T. I.) der die Sigle *I. L* durch *Iure legis*, deutet. Vergl. des Verf. Beiträge S. 301. fg. Leipz. 1825.

Species derselben [87]), bald dem Inhalt einer Privat Disposition beigelegt ward [88]), so glaubten unsre Juristen eine solche beschränkte Deutung auch da eintreten laßen zu dürfen, wo der allgemein lautende Inhalt der Darstellung es keineswegs erfordert [89]). Erwägen wir nun, daß die Justinianischen Rechtsbücher nicht nur da, wo sie die Quellen des einheimischen Rechts im allgemeinen bezeichnen [90]), sondern auch da wo sie einzelne Beschränkungen der Freiheit der Privaten daraus ableiten [91]), sich der Bezeichnung *Lex* per eminentiam bedienen; so wie ferner daß Gajus [92]) auf unzweideutige Weise unter *Lex publica* das gesammte positive Recht der Römer begreift, und daß die, allen diesen Benennungen zum Grunde liegende, solenne Bezeichnung *Lex Quiritium* von ähnlichem ausgedehntem Umfange ist [93]); dann können

---

87) Brissonius a. a. O. §. 6. fgg. des Verf. Beiträge S. 262. fg.

88) Brissonius a. a. O. §. 11.

89) Die vorzugsweise Beziehung des Ausdrucks *Lex* auf das Gesetz der XII. Tafeln hat der historischen Kritik manchen Nachtheil bereitet, und ist im Zusammenhang gerügt worden in Otto's *Diss. de LL. XII. Tabb.* c. 6. (S. deßen *Thesaur.* T. III Praefat.)

90) z. B. *Lex nostra*, (L. 12. §. 9. *D. de captiv.*) *Ius civile et Legum ordo*. (L. 31. *pr. D. de pos.*)

91) So ist bei dem Verschwender von einem *Lege bonis interdici* die Rede, (L. 18. *pr. D. Qui testam. fac. poss.*) obgleich die Ableitung der gerichtlichen Prodigalitäts Erklärung aus den XII. Tafeln, oder aus einer andern einzelnen Lex, sich nicht erweisen läßt. (Vergl. des Verf. Uebersicht der XII. Tafel-Fragmente. S. 304. fg. S. 379.) Nicht weniger geschieht des *Lege intestabilis esse* Erwähnung, (L. 26. *D. eod.*) wiewol die Strafe der Intestabilität für einzelne Fälle auch die in *S. Ctis* angedroht war. L. 18. §. 1. *D. eod.*

92) *Comm.* II. §. 104.

93) L. 1. §. 2. *D. de R. V.*

wir nicht anders als geneigt seyn, auch in andern Berichten der juristischen oder nicht juristischen Claßiker dem Ausdruck *Lex* ohne weitern Beisatz, da wo die Beschränkung desselben auf ein einzelnes Organ des einheimischen Rechts nicht aus dem Zusammenhange ersichtlich ist, eine Beziehung auf die Gesammtheit der römischen Rechts Quellen unterzulegen[94].

Die entsprechende Deutung der Bezeichnungen: *Ius constitutum*[95], und *civilis constitutio*[96], hat zwar mehrseitig

---

94) In den bei Cicero *in Verrem*. Act. 2. Lib. 1. c. 45. aus dem Edict des Verres mitgetheilten Worten: »*non minus multis signis quam e Lege oporteat,*» dürften die Ausdrücke *e Lege*, die so mannichfach gedeutet sind, (vergl. z. B. Hugo a. a. O. S. 488. not. 2. und Gans Röm. Erb-Recht. S. 111. fg.) am natürlichsten auf das Civil-Recht überhaupt bezogen werden, obwol nicht vorzugsweis auf das Jus Honorarium, wie Schweppe a. a. O. §. 466. will. Der Widerspruch des Zeugnißes von Justinian in §. 2. und §. 3. *in f. I. de testam.*, der auch bei jeder andern Auslegungs Weise nicht vermieden werden kann, (S. Hugo ebendas. und S. 358. not. 4.) ist nicht von Erheblichkeit, indem auch die übrigen Mittheilungen des Kaisers über die Geschichte der Testamente in §. 3. l. ohne Kritik compilirt sind, und überdies nicht vergeßen werden darf, daß Justinian unter *Ius civile* schlechthin das älteste Civil-Recht zu verstehn pflegt. (*Pr. I. Quib non est perm. fac. test.* §. 6. *de fideicomm. hereditatt.*) Eben so erscheint es minder bedenklich, das *e Lege* bei Gajus *Comm.* III. §. 23. in dem erwähnten weitern Wortverstande zu nehmen, als der künstlichen Erklärung von Schrader (in den Heidelberg. Jahrb. 1823. No. 60. S. 955. fg.) beizutreten, daß Gajus diesen schon im ältern Recht begründeten Satz, dem die Lex Voconia und deren Auslegung späterhin blos eine neue Stütze verschafft, mittelbar der XII. Tafel-Gesetzgebung vindiciren zu müßen geglaubt habe.

95) Festus v. *Postliminium*. *Fragm. Vatic.* §. 278. Brissonius v. *constitutum*. §. 2.

96) Ders. v. *Constitutio* zu Anf.

Widerspruch gefunden[97], doch wird dieselbe hinreichend unterstützt durch die Wahrnehmung, daß die römisch juristische Kunstsprache dem Ausdrucke *constituere* auch in seiner Anwendung auf die Organe des positiven Rechts eine möglichst große Ausdehnung zugesteht[98].

Den wenigsten Zweifel hat dagegen die Verbindung der einfachen oder zusammengesetzten Bezeichnungen von *Ius* mit der Gesammtheit der römischen Rechtsquellen erregt. Ausdrücke wie z. B. *Ius nostrum*[99], *ius proprium civium romanorum*[100], u. dgl. sprechen ihre locale Beziehung sofort aus; allein auch die seltnern und unbestimmtern Beziehungen: *Ius publicum*[101], *ius commune*[102], *ius vulgatum*[102 a], *ius* per eminentiam[103], erhalten durch den Zusammenhang, in welchem sich die römischen Juristen derselben bedienen, eine höchst umfaßende Anwendung.

---

97) Vergl. Alciatus *Parerg.* Lib. 7. c. 26. (*Opp.* T. II. p. 384 sq. Bas. 1571. F.)

98) Forcellini *Lexicon.* v. *Constituere* und *constitutio.* Donellus a. a. O. c. 5. z. Anf. des Verf. Beiträge. S. 177. not. 41.

99) Brissonius v. *Noster.* §. 1.

100) Ders. v. *Proprius* §. 1. Gajus *Comm.* I. §. 1.

101) Brissonius v. *Publicus* §. 6. Cujacius *Comm. in Tit. D. de transactionib.* L. 38. Ernesti *clavis Ciceron.* v. *Ius publ.* c.

102) S. oben not. 67.

102a) L. 32. §. 24. *D. de donat. int. V. et U.*

103) Brissonius v. *Ius.* §. 4. Gajus *Comm.* I. §. 2.

III.

Ueber die einzelnen durch das Jus Gentium anerkannten Institute.

Welche Vorstellung von dem Wesen und der Bestimmung des Jus Gentium man den Römern unterlegen mag, so kann doch das Intereße der hier zu erörternden Frage: welche Rechtsinstitute von den Römern entschieden aus dem Jus Gentium abgeleitet worden seien? nicht füglich in Zweifel gezogen werden. Freilich aber muß die Theorie, der man hinsichtlich der Begriffsbestimmung des Jus Gentium beitritt, den unmittelbarsten Einfluß auf die Angabe der Merkmale äußern, an denen man zu erkennen vermag, ob der Ursprung eines Rechtsprincips dem Jus Gentium oder dem Jus Civile beizulegen sei. Denn da die directen Aussagen der römischen Rechtsquellen über dies Criterium der einzelnen Institute nicht ausreichen, so sind wir vielfältig auf bloße indirecte Andeutungen verwiesen; und je nachdem man das Wesen des Jus Gentium ausschließlich in die Vernunftgemäßheit von deßen Vorschriften setzt, oder blos die äußere factische Anerkennung derselben durch die gebildeten Nationen der alten Welt berücksichtigt wißen will, wird man bald die innern bald die äußern Criterien eines Rechtsinstituts als entscheidend für deßen Ableitung aus dem Jus Gentium geltend zu machen geneigt seyn. Eine Uebersicht und Würdigung dieser Merkmale verdient um so mehr hier vorausgeschickt zu werden, da es selbst den Begründern der neuen wichtigen Ansicht von der Eigenthümlichkeit des römischen Jus Gentium nicht gelungen ist, ihre Darstellung von der Einmischung trügerischer Argumente frei zu erhalten.

Die Zurückführung einer Rechtsregel auf *bona fides*, *aequitas*, oder *boni mores*, scheint mit der Ableitung derselben aus dem Jus Gentium zusammenzufallen, indem die *boni mores* bisweilen als das Motiv entschiedener Institute des Jus Gentium genannt sind [104], auch der Ausdruck *naturalis aequitas* unter den umschreibenden Bezeichnungen dieser Rechtsquelle angeführt wird [105], und bei den Festsetzungen des Prätorischen Edicts durchgängig auf *bona fides* und *aequitas* verwiesen ist. Es haben daher auch die Anhänger aller Partheien sich zu Gunsten der Identität jener Bezeichnungen ausgesprochen [106]. Dennoch dürfte diese Annahme nichts weniger als unbedenklich seyn. Des trügerischen Arguments, daß sämtliche Institute des Jus Honorarium zugleich Institute des Jus Gentium gewesen seien, wird sofort

---

104) Brissonius v. *Mos* §. 3. L. 8 vergl. L. 14. §. 2. 3. *D. de R. N. Collat. LL. Mos. et Rom.* Tit. 2. §. 5.

105) S. oben not. 71.

106) Vergl. die oben not. 71 beigebrachte Bemerkung von Hugo. Freiesleben a. a. O. S. 89 fgg. Unter den Vertheidigern der Theorie, daß alle in der Vernunft begründete Principien auch zum Jus Gentium gehört haben, mag hier nur H. Donellus a. a. O. c. 7. genannt werden, und schließlich noch des Mißgriffes von W. O. Reitz zu des Theophilus *Paraphr.* Lib. 1. Tit. 2. Pr. (Vol. I. p. 16. not. z. seiner Ausgabe dieses Werks. Hag. Com. 1751. 4.) Meldung geschehn, der die irrige Angabe des uncritischen Paraphrasten von Justinians Institutionen, daß die Testamente ein Institut des Jus Gentium gewesen seien, nach dem Vorgange Perrenon's (*Animadversion. et var. lection.* Lib. 2. c. 21. In Otto's *Thesaur.* T. I. p. 651.) durch die Aeußerung Quinctilians (*Inst. orat.* Lib. 3. c. 6. Sunt enim quaedam non laudabilia natura, sed iure concessa; — etc. aliquid aequum, sed prohibitum iure, ut liberats testamentorum.) zu rechtfertigen glaubt.

ausführlicher gedacht werden. Die schwankende Bezeichnung *aequitas*, ohne einen ihren Begriff genauer bestmmenden Zusatz, kommt häufig in der primitiven Wortbedeutung von *aequalitas* vor[107]), und wird daher auch auf entschiedene Institute des Jus Civile angewendet[108]); überhaupt aber mußten die Römer, bei der bloßen factischen Begründung ihres Jus Gentium, deßen Uebereinstimmung mit den Forderungen der Billigkeit als etwas lediglich zufälliges betrachten.

Die Identität des Begriffs, so wie der Bezeichnung, von dem auf Peregrinen ohne Unterschied anwendbaren Recht und dem Jus Gentium ist bereits oben[109]) zur Sprache gebracht worden, und es bedarf demnach keines umständlichen Beweises, daß der Prätor Peregrinus in Rom, der häufiger *inter solos peregrinos* als wie *inter*

---

107) Geßner *Thesaur. latin. lingu.* v. Aequitas. §. 3. Forcellini a. a. O. h. v. Ernesti a. a. O. v. Aequalitas. Diselius zu Gajus *Institution. Epit.* Pr. not. 8. (in Schultings *Iurispr. Ante-Iustin.*) daß auch in Verbindung mit dem Jus Gentium dem Ausdruck *aequitas* in unsern Rechtsquellen die in Frage stehende Bedeutung untergelegt wird, ergiebt sich aus der Vergleichung von L. 14. *D. de condict. indeb.* und L. 206. *D. de R. I.* S. unten not. 155.

108) Cicero *Topic.* c. 2. L. 31. *pr. D. depos.* Cujacius. *Comm. ad Tit. D. de pact.* L. 1. pr. Freiesleben a. a. O. S. 97. not. 11. Die Obliegenheiten des Vormundes gegen den Mündel werden, ungeachtet ihrer Uebereinstimmung mit der *aequitas*, und troß der Ableitung der *tutela impuberum* aus dem Jus Gentium, auf die *mores populi R.* und das *ius civile Rom.* zurückgeführt. *L.* 42. *D. de V. S.* A. Gellius *Noct. Att.* Lib. 5. c. 13.

109) S. not. 14.

cives et peregrinos, Recht zu sprechen veranlaßt seyn mochte [110]), das Material seines Edicts aus diesem Rechtscyclus geschöpft habe [111]). Der Schlußfolge würde kaum ein andres directes claßisches Zeugnis an Wirksamkeit gleichkommen, daß die im Edict des Prätor Peregrinus behandelten Rechtssätze den Instituten des Jus Gentium angehört haben: denn der Einwand, es werde von Gajus [112]) berichtet, daß es einige durch das einheimische römische Recht auf Peregrinen künstlich angewendete Klagrechte gegeben habe, und es könne demzufolge auch die Nachricht in der Lex Gallia Cis Alpina [113]) von einer Bestimmung in dem Edict des Prätor Peregrinus über die *cautio damni infecti*, von einer Einwirkung des Civilrechts der Römer auf dies Edict gedeutet werden, verschwindet durch die Bemerkung, daß jene Aussage des Gajus von dem Furtum, einem unwidersprechlich im Jus Gentium begründeten Delict [114]), handelt, und nur die Uebertragung der eigenthümlich gestalteten römischen Diebsklage auf Peregrinen einer künstlichen Accommodation bedürftig erschienen sei. Allein die directen claßischen Zeugniße über den Inhalt des Edicts des Prätor Peregrinus sind ungemein dürftig [115]), und

---

110) Die Formel: *Praetor qui inter peregrinos* (auch wol *plerumque inter peregrinos*) *ius dicit* bildet muthmaßlich die primitive Bezeichnung, und die Umschreibung: *Pr. qui inter cives et peregrinos ius dicit*, ist aufzulösen durch: *etiam inter cives et peregrinos*. Marqu. Freher *Parerg. seu Verisimil.* Lib 2. c. 17. (in Otto's *Thesaur.* T. I. p. 927. sq.) Hugo a. a. O. S. 299. fg. not. 1. Falck a. a. O.

111) S. oben not 7.

112) *Comm.* IV. §. 37.

113) *Col.* I. Lin. 23. sqq. 33. sqq.

114) S. unten not. 126

115) Sie beschränken sich beinahe auf die in not. 113. mitgetheilte Stellen. Vergl. Brissonius *de Formul.* Lib. 3. c. 10. c. 11.

die indirecten Zeugniße entbehren aller Zuverläßigkeit [116]). Vornehmlich hüte man sich, der Uebereinstimmung zwischen dem Inhalt des Edicts des Prätor Peregrinus und der Edicte der übrigen römischen Justizbeamten zu viel zu vertrauen, und insbesondre die in dem Edict des Prätor Urbanus aufgestellten Sätze für durchaus identisch mit den Instituten des Jus Gentium zu halten. Die allgemeinen Aeußerungen des claßischen Pandectenrechts, welche dieser Identität günstig zu seyn scheinen, sind entweder ihres unbestimmten Ausdrucks, oder der beschränkten Berücksichtigung eines eigenthümlich gestalteten Rechtsverhältnißes wegen [117]),

---

116) Der Schluß ist nicht unbedenklich, daß ein, in dem Fragment der Commentare eines claßischen Juristen über das Edict des Prätor Peregrinus (z. B. in L. 9. §. 4. *D. de dolo m.*) ohne genauere Bezeichnung der Quelle erwähntes Rechtsinstitut unbezweifelt auch in jenem Edict selbst eine Stelle gehabt habe; denn ähnlich wie die Ausleger der XII. Tafeln gelegentlich auch die Bestimmungen späterer Gesetze berücksichtigten, (Vergl. des Verf. Uebersicht der XII. Tafel-Fragmente. S. 296. fgg.) können jene Commentatoren möglicherweise auch auf den Inhalt des nahe verwandten Edicts des Prätor Urbanus Bezug genommen haben.

117) Die L. 23. pr. *D. de R. V.* spricht nicht von den beiden Formen des Eigenthums, sondern von der Mannichfaltigkeit der Erwerbsgründe beim civilen Eigenthum allein. (S. oben not. 42.) Die L. 8. *D. de R. N.* legt dasjenige den *moribus* bei, was die *L.* 14. §. 2. §. 3. *D. eod.* auf das Jus Gentium zurückgeführt hat; allein es ist dabei nicht sowol an das einheimische römische Gewohnheits-Recht zu denken, das als die Quelle des Edicts des Prätor Urbanus betrachtet werden darf, als vielmehr an eine allgemeine Gewohnheit, oder an die mit dem Jus Gentium oft in Verbindung gebrachten *boni mores*. (S. oben not. 104.) Daß bei den nach Prätorischem Recht gültigen Obligationen zugleich auch von der Wirksamkeit derselben nach Jus Gentium die Rede

wenig entscheidend. Die vorhandenen historischen Ueberlieferungen über die Bestimmung der einzelnen MagistratsEdicte sind einer solchen Identität entgegen. In allem, was die Form des ProceßVerfahrens anging, war eine blos theilweise Berührung zwischen dem Inhalt der Edicte des Prätor Peregrinus und des Prätor Urbanus gedenkbar. Das Material seiner Festsetzungen aber schöpfte der Prätor Urbanus weder unmittelbar noch ausschließlich aus dem Jus Gentium, sondern aus dem einheimischen römischen GewohnheitsRecht, welches theils unabhängig von dem Jus Gentium sich entwickelt, theils die Sätze desselben mannichfach modificirt haben konnte, so daß der Rückschluß von dem Edict des einen Prätors auf das des andern jederzeit bedenklich erscheint. Ein gleiches gilt von dem Verhältnis des Edicts des Prätor Peregrinus zu den Edicten der römischen ProvincialBeamten. Diese waren für diejenigen Institute, bei denen das einheimische Recht der Römer ihnen nicht zur Richtschnur dienen konnte, auf das

---

ist, (Vergl. z. B. L. 1. §. 7. fg. L. 3. §. 1 fg. *D. de pecun. const.* entscheidet deshalb nicht für die Identität der Begriff von Instituten des Prätorischen Rechts und Instituten des Jus Gentium, weil jedes in einem einzelnen Staate zuläßige ForderungsRecht zugleich durch das Jus Gentium anerkannt war. Die Aeußerung in L. 20. §. 7. *D. Qui testam. fac. p.* (Servus iuris civilis communionem non habet in totum, ne Praetoris quidem Edicti.) widerstrebt, auch bei der gewaltsamsten Interpretation, jeder Beziehung auf das Jus Gentium; denn nicht nur die Eingangsworte des Fragments, sondern auch die Hinweisung des gesamten Inhalts auf das dem Jus Gentium unbekannte Institut der Testamente, geben hinreichend zu erkennen, daß der Jurist hier lediglich das einheimische Recht der Römer vor Augen gehabt habe.

LocalRecht ihrer Provinz verwiesen [118]), und enthielten daher zum großen Theil localrechtliche Satzungen, die obgleich in mehreren Provinzen verbreitet, ja sogar ihrer Zweckmäßigkeit wegen hinterher in das Edict des Prätor Urbanus übertragen [119]), nichts desto weniger dem Jus Gentium fremd genannt werden müßen.

Am meisten hüte man sich vor dem Trugschluß, daß etwas deshalb auf dem Jus Gentium beruht habe, weil die römischen RechtsQuellen der Anwendbarkeit desselben mit dem Bemerken gedenken, es gelte nicht nach Jus Civile. Denn theils kann hier an die Gültigkeit nach dem einheimischen Recht einer einzelnen Civitas gedacht seyn [120]), theils ist die Möglichkeit einer Beziehung auf ein lediglich factisch existirendes, juristisch aber unbegründetes, Institut keineswegs ausgeschloßen. Institute der zuletzt genannten Art werden von der Staatsgewalt ignorirt, auch wol vorsätzlich oder wider Willen geduldet, keineswegs aber in rechtlichen Schutz genommen, und es kann daher bei ihnen weder von juristischen Voraussetzungen noch von dergleichen Wirkungen, d. h. von keiner Rechtstheorie, die Rede seyn; während bei den Instituten des Jus Gentium das Gegentheil von allem diesem eintrat, indem der Unterschied derselben von

118) Cicero *ad Attic.* Lib. 6. Ep. 1. Hugo a. a. O. S. 360. Freiesleben a. a. O. S. 137. not. 45.

119) So z. B. die Hypotheken, (Ernesti a. a. O. v. *Hypotheca.* Hugo a. a. O. S. 449. Freiesleben a. a. O. S. 136. not. 42.) und muthmaßlich auch die *longi temporis possessio;* (Unterholzner von der Verjährung. §. 41. S. 269. fgg.) so vielleicht auch die Syngraphä, welche Asconius zu Cicero *in Verrem* Act. II. Lib. 1. c. 36. z. Anf. als ein den griechischen Provincialen eignes Institut schildert, während Gajus *Comm.* III. §. 134. dasselbe entschieden zu den Instituten des Jus Gentium zählt.

den Instituten des CivilRechts mehr ein formeller als ein materieller war. Ungeachtet dieses schroffen Gegensatzes zwischen jenen blos factischen Instituten und den Instituten des Jus Gentium können beide in der Anwendung auf das römische Recht leicht verwechselt werden[120 a]. Wir finden nehmlich die obligatorischen Rechtsgeschäfte der Sklaven, welche, als Handlungen rechtsloser Individuen, nur eine factische Existenz ohne allen juristischen Character zu haben scheinen, in den Quellen des römischen Rechts als *Obligationes iuris gentium* anerkannt[121]. Allein man darf nicht übersehn, daß hier nicht von directer, und viel weniger von augenblicklich eintretender, Gültigkeit des *negotii* die Rede ist[121 a], sondern von einer Wirksamkeit,

---

120) Ulpian *Fragm.* Tit. 20. §. 14.

120 a) Daher die Ableitung des Besitzes aus dem Jus Gentium. S. Roßhirt im Archiv für Civ. Prax. Bd. 8. No. 1. S. 4. S. 12.

121) Die L. 41. *D. de pecul.* scheint die Schuldverbindlichkeiten der Sklaven als bloße factische Institute, ohne juristischen Charakter, darzustellen. Allein daß sie wirklich deren Gültigkeit nach Jus Gentium keineswegs in Abrede stellt, sondern den bekannten römischen Sprachgebrauch berücksichtigt, in Gemäßheit deßen die *obligationes civiles* vorzugsweis *obligationes* oder *debita* genannt werden, erhellet aus der Wiederhohlung des nehmlichen Räsonements in L. 16. §. 4. *D. de fideiussor.* und aus einer Reihe einzelner Entscheidungen. (L. 50. §. 2. *D. de pecul.* L. 13. pr. *ad S. C. Velleian.* L. 1. §. 18. L. 11. *depos.* L. 14. L. 43. *de O. et A.* L. 38. §. 6. — §. 8. *de V. O.* L. 21. §. 2. *de fideiussor.* L. 8. §. 4. *de acceptilat.*)

121 a) In Fällen der zuletzt genannten Art gewährte unfehlbar auch das Jus Gentium den negotiis der Sklaven keine Rechtsbeständigkeit, wie nicht nur das *contubernium* der Sklaven darthut; sondern auch die Zurückführung des Vermögens-Erwerbs des Herrn durch den Sklaven auf ein Princip des

die meistens erst nach der Freilaßung des verschuldeten Sklaven beginnt, d. h. in einem Zeitpunkte, wo der Grund von deßen anfänglicher Rechtsunfähigkeit bereits aufgehört hat. Ferner, verschiedne Institute, die anfangs nur de facto, ohne allen juristischen Charakter, in Rom existirten, sind in der Folge vom einheimischen Recht der Römer sanctionirt worden; welche Erscheinung freilich ungleich häufiger bei eigentlichen Instituten des Jus Gentium vorkam. Zu solchen factischen Instituten gehörten z. B. der Besitz, der Concubinat, die Testamente der Sklaven, gleichwie, nach den unten zu entwickelnden Gründen, die Codicille und Fideicommiße.

Von dem Versuche endlich, das Daseyn eines Instituts des Jus Gentium aus der Angabe der einzelnen practischen, vornehmlich der proceßualischen, Wirkungen zu abstrahiren, die demselben in den römischen RechtsQuellen beigelegt werden, darf man sich, selbst nach den Mittheilungen in den ächten Institutionen des Gajus, kein erhebliches Resultat versprechen. Verschiedenheiten dieser Art werden uns hauptsächlich bei obligatorischen Rechtsgeschäften genannt, deren Zusammenhang mit dem Jus Gentium auch ohne die Benutzung indirecter Argumente sich erweisen läßt; wozu noch der Umstand kommt, daß die proceßualischen Eigenheiten, welche wir auf die Autorität des Gajus bei einzelnen Instituten des Jus Gentium anzunehmen berechtigt sind, zum Theil von der Anwendung auf Institute des Civil-

---

Jus Gentium. (S. oben not. 32.) Das in L. 32. *D. de R. I.* erwähnte *ius naturae* ist also entweder das dem *ius gentium* entgegenstehende, welchem die Sklaverei überhaupt widerstrebte, (S. oben not. 3.) oder wenn wirklich das Jus Gentium gemein ist, so muß der Inhalt der mitgetheilten Regel im Original durch den Zusammenhang bedeutend beschränkt gewesen seyn, z. B. auf Obligationen.

Rechts nicht ausgeschloßen waren [122]), und daß fast ohne Ausnahme in Justinian's Rechtsbüchern, d. h. in der reichhaltigsten Quelle für die Ermittelung der Abstammung einzelner Rechtsinstitute aus dem Jus Gentium, jene proceßualischen Eigenheiten getilgt sind. Es ist hier aber absichtlich nur der formellen Eigenthümlichkeiten dieser Gattung Meldung geschehn. Die materiellen rechtlichen Verschiedenheiten eines Instituts gestatten keinen zuverläßigen Schluß auf die Quelle deßselben, so häufig auch die Bearbeiter des römischen Rechts dadurch getäuscht worden sind [122a]). Denn es ist oben [122b]) bemerkt worden, daß das Civil-Recht die Wirkungen eines Instituts des Jus Gentium, so wie die Voraussetzungen deßselben, mannichfach modificiren konnte, ohne deshalb dieses seiner Quelle zu entfremden;

---

122) Des Bedürfnißes Prätorischer Fictionen bei der Anwendung römischer Delicts-Klagen auf Peregrinen geschieht in der oben (not. 112.) angezogenen Stelle des Gajus Erwähnung. Deren Inhalt entspricht einer andern Stelle des nehmlichen Werks, in welcher die einzelnen Delicte mit dem Namen des sie verpönenden Gesetzes bezeichnet zu seyn scheinen. (*Comm.* IV. §. 109.) Auf den Grund dieser Combination dürfte sich die zweifelhafte Lesart der einen Lex, nehmlich *Ovinia*, mit einiger Wahrscheinlichkeit in *Atinia* verwandeln laßen. Die *iudicia imperio contenta* mögen allerdings zunächst für Peregrinen eingeführt gewesen seyn, und manche von den Eigenheiten derselben erklären sich aus dieser Beziehung; (vergl. Schrader a. a. O. S. 959.) allein bekanntlich war die Anwendung dieser *iudicia* auf römische Bürger keineswegs ganz ausgeschloßen. Gajus a. a. O. §. 105. fgg. §. 109.

122a) Jo. D'Avezan *contractuum lib. prior.* c. 6. sqq. (in Meermann's *Thesaur.* Tit. IV. p. 15. sqq.) Hugo a. a. O. S. 153. fg. S. 162.

122b) S. not. 28. 27. fgg.

und daß wiederum das Edict des Prätor Urbanus Institute, die dem Jus Gentium vollkommen unbekannt waren, mit Prätorischen Wirkungen ausstatten konnte, ist nur so eben erinnert worden. Auch benehmen die ausdrücklichen Zeugniße der römischen Rechtsquellen jeden Zweifel, daß mit den *adquisitionibus iuris gentium* der Erwerb des civilen Eigenthums, und mit den im Jus Gentium begründeten Entstehungsgründen von Schuldverhältnißen der Erwerb einer *civilis obligatio* habe verbunden seyn können; ohne daß wir hinreichenden Grund zu der Annahme finden, es sei hierin vom alten römischen Recht anders gehalten worden [122 c]).

Indem wir uns nunmehr zur genauern Prüfung der einzelnen Institute des Jus Gentium wenden, müßen wir das in Cap. 1. entwickelte Princip der Römer in Erinnerung bringen, daß die allgemeine factische Anwendung eines Institutes nach den wesentlichen Merkmalen seines Begriffs genügte, um dasselbe dem Jus Gentium zu vindiciren, obgleich die mehr zufälligen juristischen Voraussetzungen und Wirkungen desselben durch das einheimische Recht jedes einzelnen Staats eigenthümlich gestaltet seyn mochten. Es konnte daher nicht fehlen, daß überall, wo auf den Begriff eines Rechtsinstitutes politische Beziehungen einwirkten, das Jus Gentium entweder gar keine, oder doch nur eine höchst ungenügende, Auskunft gewährte. Am meisten tritt dies in den Verhältnißen des öffentlichen Rechts hervor. So weit dasselbe die Beziehungen des römischen Volks zu Auswärtigen anging, ist davon schon oben [123]) die Rede gewesen, und es bleibt hier nur noch der innern Verhältniße des Staats zu gedenken. Zunächst begegnen wir in den römischen Rechts-

---

122 c) Hugo a. a. O. S. 153. Falck a. a. O. Schweppe a. a. O. §. 24. §. 268.

123) not. 48. fgg.

Quellen höchst allgemeinen Aeußerungen; z. B. daß die Gottesverehrung und der Gehorsam gegen die Staatsgewalt auf dem Jus Gentium beruhen [124]. Auch bei den Verbrechen ist in den critisch unverdächtigen Quellen [125] jede Einmischung politischer Rücksichten, so wesentlich diese auch für den speciellen Begriff seyn mögen, bei der Charakterisirung der Institute des Jus Gentium absichtlich vermieden. Das Recht der Selbstvertheidigung wird diesen Instituten zugezählt, und bald der bloße sinnliche Trieb der Selbsterhaltung als deßen alleiniges Motiv bezeichnet, bald auch die sittliche Unzuläßigkeit des unerlaubten Angriffs dabei berücksichtigt [125 a]. Das Furtum sehn wir auf die nehmliche Quelle zurückgeführt werden [126], nicht weniger auch die Injurie [127]. Bei der Blutschande wird ausdrücklich bemerkt, daß nur geschlechtliche Verbindungen zwischen De- und Ascen-

124) L. 2. *D. de I. et I.*

125) Zu diesen gehört freilich nicht Theophilus (S. oben not. 12.) da, wo deßen Zeugnis allein steht. Er hat nehmlich die zu seiner Zeit vom einheimischen römischen Recht anerkannten Strafen des *furti* und *homicidii* ohne weiters dem Jus Gentium beigelegt, und ist deshalb von gründlichen Kennern des römischen Rechts längst nach Gebühr zurechtgewiesen worden. S. A. Augustinus *Emendatt. et Opinion.* Lib. 4. c. 4. (in Otto's *Thesaur.* T. IV. p. 1532.) und die Ausleger in der Ausgabe des Theophilus von Reitz. T. I. p. 15. not. t.

125a) L. 3. *D. de I. et I.* L. 4. pr. L. 45. §. 4. *D. ad L. Aquil.* L. 12. §. 1. *D. Quod met. c.* L. 1. §. 27. *D. de vi et vi arm.* Isidor a. a. O. (oben not. 13.)

126) Gajus a. a. O. §. 37. Justinian's *Inst.* §. 1. *de oblig. qu. ex del.* L. 1. §. 3. *D. de furt.* L. 42. *D. de V. S.* Theophil *Par.* a. a. O.

127) L. 11. §. 1. *D. de iniur.*

denten den *incestus iuris gentium* bilden, während die Geschlechtsvermischung in verbotenen Graden der Seitenverwandtschaft zum *incestus iuris civilis* gehöre [128]. Unter den übrigen Verbrechen werden nur noch das *adulterium* und *homicidium* ausdrücklich dem Jus Gentium überwiesen [129]; indeß wenn bei den übrigen ein solches directes Zeugnis vermißt wird, so rührt dies blos daher, weil das allgemeine Gebot des Gehorsams gegen die Staatsgewalt, gleichwie die umfaßenden Verbote der widerrechtlichen Gewalt, des Furtums und der Injurie, eine Mehrzahl von den im einheimischen Recht der Römer ausgezeichneten speciellen Verbrechen, in deren Begriff sich überdem manche politische Beziehung einmischte, stillschweigend in sich schloßen.

Auch in Beziehung auf das PrivatRecht werden die durch das Jus Gentium anerkannten Institute möglichst generel in den römischen RechtsQuellen bezeichnet. Der Sklaverei, und des damit zusammenhängenden Erwerbs des Herrn durch den Sklaven, wurde schon oben [130] gedacht. Nicht minder wird die Manumißion aus der nehmlichen Quelle abgeleitet. [131] Der Zusammenhang der Ehe mit dem Jus Gentium ist nicht in Zweifel zu ziehn [132]; bei den Wirkungen dieses Instituts aber darf nicht der Unterschied

---

128) L. 38. §. 2. *D. ad L. Iul. de adulter.* L. 8. vergl. L. 14. §. 2. §. 3. L. 52. — L. 56. L. fin. *D. de R. N.* Brissonius *de V. S.* v. *Incestum.* §. 2.

129) Lactantius *Epit.* c. 4. L. 42. *D. de V. S.* Theophilus a. a. O.

130) not. 3. und not. 32.

131) *Pr. I. de libertin.*

132) L. 1. §. 3. *D. de I. et I. Pr. I. de I. N. G. et C.* Isidor a. a. O. (oben not. 13.)

übersehn werden zwischen den allgemeinen und den, durch das strenge römische FamilienVerhältniß bedingten, besondern Wirkungen. Der Anspruch der Ehegatten auf unverbrüchliche Treue ist durch das zuvor berührte Verbot des *adulterii* 133) beglaubigt; nicht minder sind auch der Gehorsam der Kinder gegen die Eltern 134), so wie die Erziehung der Kinder 135), und die gegenseitige Verbindlichkeit der Eltern und Kinder einander zu alimentiren 136); als Gebote des Jus Gentium aufgestellt, während alles, was sich auf die Patria Potestas des Hausvaters, oder auf die Manus des Ehemannes bezieht, dem Jus Civile ausschließlich vorbehalten war 137). Von der *Tutela impuberum* bezeugen die Quellen einstimmig 137a) den Zusammenhang mit dem

---

133) S. not. 129.

134) *Auctor ad Herennium.* Lib. 2. c. 13. L. 2 *D. de I. et I.*

135) Vergl. die Citate in der vorhergehenden Note, und Isidor a. a. O.

136) L. 5. §. 14.—16. *D. de agnosc. et alend. liber.* L. 36. *de excusat. tutor.* L. un. §. 11. *C. de R. U. A.*

137) Gajus *Comm.* I. §. 55. §. 108. §. 189. L. 3. *D. de his qui sui v. al.* Nach diesen Prämißen ist denn auch die Frage zu entscheiden: in wie weit das Recht der Eltern, die Heirath ihrer Kinder durch ihre Einwilligung zu bekräftigen, dem Jus Gentium oder dem Jus Civile seinen Ursprung verdanke? Als ein Annexum der Patria Potestas gehört dasselbe unfehlbar dem römischen Civilrecht an; denkt man es sich aber unabhängig von dieser Gewalt, als dem väterlichen Ascendenten in der Qualität eines *parens* zustehend, (und so scheint es in *Pr. I. de nupt.* aufgefaßt zu seyn,) so unterliegt deßen Ableitung aus dem Jus Gentium keinem Zweifel. Freiesleben a. a. O. S. 102.

137a) Gajus a. a. O. §. 189. §. 197. Damit stimmt auch §. 1. *Inst. Iustin. de tutel.* vergl. §. 6. *de Atil. tut.* L. 1. *pr. D. de tutel.*

Jus Gentium, während Gajus [137b]) die *perpetua feminarum tutela* als ein dem römischen CivilRecht eigenthümliches Institut schildert. Als herstammend aus dem Jus Gentium wird ferner genannt die Absonderung der zum religiösen Gebrauch vorbehaltenen, so wie der einer öffentlichen Benutzung überwiesenen, und die Begrenzung der für das PrivatEigenthum bestimmten Sachen [138]). Auch ist bei weitem die Mehrzahl der einzelnen ErwerbungsArten des Eigenthums im Jus Gentium begründet [139]); zumal wenn man bedenkt, daß manche Species, die wegen der Eigenthümlichkeit ihrer Form dem Jus Civile vindicirt werden, z. B. die Mancipation und Cessio in Jure, sich in ihren materiellen Prämißen auf einen einfachen Erwerbungsmodus des Jus Gentium, nehmlich auf die Tradition, zurückführen laßen [140]). Im ObligationenRecht wird die umfaßende Claße der *obligationes naturales* unzweideutig mit dem Jus Gentium in Verbindung gesetzt [141]); ja das nehmliche läßt sich auch bei den s.g. *obligationibus civilibus* nicht verkennen, es sei

---

137b) a. a. O. §. 191. §. 193. §. 197.

138) Gajus *Comm.* II. §. 40. L. 5. *D. de I. et I.* L. 2. sqq. *de divis. rer.* L. 34. §. 1. L. 51. *de contr. emt.* L. 7. §. 5. *de A. R. D.* §. 2. *I. D. I.* N. *G. et C.* §. 1.—5. *de R. D.* Freiesleben a. a. O. S. 122. fg.

139) Gajus *Comm.* II. §. 65. sqq. Justinian's *Inst.* §. 11. sqq. *de R. D.* vergl. §. fin. *de usu et habit.* L. 2. sqq. *D. de A. R. D.*

140) Gajus a. a. O.

141) Daher die gangbaren Bezeichnungen: *debitum natura*, (L. 84. §. 1. *De de R. I.* L. 19. *pr. D. de N. G.* L. 6. *de compensat.*) *debitum naturale*, (L. 64. *de cond. indeb.*) *deb. iuris gentium*, (L. 47. *D. eod.*) *naturalis causa*. L. 3. §. fin. *D. Quod quisq. iur.*)

von der Begründung oder von der Vernichtung eines Schuldverhältnißes die Rede [141a]). Erwägt man nehmlich, daß nur die Uebereinstimmung in den wesentlichsten materiellen Voraussetzungen und Wirkungen eines Rechtsinstituts für deßen Zusammenhang mit dem Jus Gentium entscheidend war, so daß die noch so zahlreichen einzelnen Modificationen, die das Civilrecht hinzugefügt hatte, der Ableitung aus jener Quelle keinen Eintrag thun konnten; so laßen sich die scheinbar widersprechenden Zeugniße der römischen RechtsQuellen leicht vereinigen. Nicht blos den ConsensualContracten [142]) und den unfeierlich abgeschloßenen *pactis* [143]) gestehn die römischen Juristen die Abstammung aus dem Jus Gentium zu, sondern auch bei sämtlichen RealContracten findet man dasselbe angenommen [144]). Was die LiteralContracte anbelangt, so ergiebt sich für die *nomina arcaria* das nehmliche

---

141 a) Natürlich mit Ausnahme derjenigen Fälle, die irgend eine politische Beziehung haben; wie z. B. die Unumstößlichkeit der *res iudicata*, der zerstörende Einfluß der Klagenverjährung u. dergl. Daher erklären sich die in L. 5. *D. de I. et I.* im allgemeinen angedeuteten Ausnahmen, und die in L. 66. *D. de de R. I.* bemerkte auffallende Beschränkung.

142) L. 1. §. 2. *D. de contr. emt.* L. 1. *locati.* *L.* 5. *de I. et I.* L. 7. pr. §. 1. *de pact.* Theophilus a. a. O. Daß indeß die in den *XII.* Tafeln ausgesprochene Bestimmung, der Käufer solle nicht vor der Berichtigung des Kaufpreises Eigenthümer der ihm übergebenen Sache werden, aus dem Jus Gentium entlehnt sei, wie es in §. 41. I. *de R. D.* heißt, (S. Freiesleben a. a. O. S. 104.) ist höchst unwahrscheinlich, und dürfte aus einer Entstellung der epitomirten Quelle durch Justinian's Compilatoren hervorgegangen seyn.

143) L. 3. §. 1. §. 2. *D. de pecun. const.* L. 1. pr. §. 1. *de precar.* Freiesleben a. a. O. S. 132.

144) Isidor a. a. O. (oben not. 13.) Theophilus a. a. O. (not. 12.) L. 11. L. 31. pr. *D. depos.* L. 25. *de praescr. verb.*

Resultat aus dem directen Zeugnis des Gajus[145]), welches durch die Bemerkung motivirt wird: *numeratae pecuniae iure naturali fieri obligationem.* Wenn aber derselbe Jurist hinsichtlich der *nomina transscriptitia* sich schwankend über die Frage äußert: ob dieselben für Institute des Jus Gentium oder des Jus Civile zu halten seien? so rührt dies daher, weil die im römischen CivilRecht für diese nomina vorgeschriebene formelle Requisite den Begriff des Instituts wesentlich bedingten, so daß dasselbe nicht auf ein allgemeines Rechtsgeschäft von minder solemnisirter Form, z. B. auf das Vorbild der Chirographa oder der Syngraphä, zurückgeführt werden konnte[146]). Der nehmliche Zusammenhang ist unverkennbar, wenn Gajus[147]) die Sponsio dem Jus Civile der Römer reservirt, während er die sämtlichen übrigen Species der VerbalContracte, insbesondre die der Sponsio nahe verwandte, Fideipromissio, ausdrücklich oder stillschweigend dem Jus Gentium überweist[148]). Denn allerdings kannte zwar das Jus Gentium keine Verba Contracte im römischen Sinne, wohl aber pflichtete es dem Grundsatz bei, daß wer mündlich etwas definitiv zu leisten verspreche, im Fall der Acceptation der Zusage wirksam verpflichtet sei: daher wird auch die Gültigkeit der Verbal-Contracte an die Voraussetzung geknüpft, daß die Contrahenten gegenseitig den Sinn ihrer wörtlichen Willenserklärung verstehen müßen; und bei der Sponsio ist deren Unbekanntseyn im Jus Gentium lediglich darauf gestützt, daß, zum Behuf des Gebrauchs für Peregrinen, die genaue

145) Gajus *Comm.* III. §. 131.

146) Ebendas. §. 132. fg. 134. Vergl. auch oben not. 27.

147) Gajus das. §. 93. §. 119. fg. §. 179.

148) Vergl. die Citate in der vorhergehenden Note, und Schrader a. a. O. S. 974. a. E. fg.

Uebertragung des Sponsions-Formulars aus der lateinischen in eine andre Sprache unausführbar erscheine [149]. In gleicher Art hat die in den römischen RechtsQuellen [150] aufgeworfene, und von den Auslegern [151] mehrfach gemisdeutete, Frage: ob die Acceptilation für ein Institut des Jus Gentium zu halten sei? keinen andern Zweck als den, zu zeigen, daß wenn man den reinen materiellen Begriff dieses Rechtsacts auffaßt, er mit dem, unfehlbar im Jus Gentium begründeten, Aufhebungsmodus der Obligationen durch vertragsmäßige Zustimmung der Intereßenten für identisch zu halten sei. Der Zusammenhang der übrigen Obligationen mit dem Jus Gentium steht noch minder zu bezweifeln. Unter den Delicten wurden Furtum und Injurie schon früher [152] genannt: bei dem *damnum Lege Aquilia* fehlt es auch nicht an ausdrücklichen Zeugnißen [153]. Gleiches gilt von der *cautio damni infecti* [154] und von den Condictionen [155].

Von sämtlichen dem ErbfolgeRecht zugehörigen Instituten wird nur die IntestatSucceßion der Descendenten gegen die Ascendenten durch glaubwürdige

---

149) Gajus ebendas. §. 93. fg.

150) L. 8. pr. §. 4. *D. de acceptilat.*

151) Vergl. z. B. Henr. Ernstius *Brevior. adnotatt. in Lib. I. Dig.* L. 4. L. 5. *D. de I. et. I.* (in Mermann's *Thesaur.* T. V. p. 844.)

152) not. 126. fg.

153) Gajus *Comm.* IV. §. 37. vergl. §. 109.

154) S. oben not. 113.

155) Cicero *de offic.* Lib. 3. c. 5. oben not. 24.) L. 206. *D. de R. I.* L. 64. vergl. L. 14. L. 15. pr. *D. de condict. indeb.* L. 11. §. 2. *de pecul.* L. 25. *rerum amotar.* S. Freiesleben a. a. O. S. 117.

Referenten[156]) mit dem Jus Gentium in Verbindung gebracht, die Angabe des Theophilus, daß auch die Testamente zu den Instituten dieses Rechts Cyclus gehört haben, steht so vereinzelt da, und stützt sich auf so plumpe Misverständniße[157]), daß die beifälligen Aeußerungen neuerer, und zum Theil trefflicher, Exegeten[158]) darüber durchaus unbegreiflich seyn würden, wenn man nicht in Betracht zöge, daß diese Incident-Frage für die zu derselben Zeit mit Lebhaftigkeit verhandelte Controverse benutzt ward, ob das Naturrecht im heutigen Wortverstande die letztwilligen Verfügungen für zuläßig anerkenne? Am wenigsten wird man geneigt seyn, die Angaben unsrer Rechts Quellen, daß *Servi publici* über einen Theil ihres Peculiums von Todeswegen verfügen dürften[159]), und daß es den Peregrinen freigestanden nach dem Recht ihrer Heimat, falls sie ein solches hatten, zu testiren[160]), als ausreichende Unterstützungs Gründe für die Behauptung des Theophilus zu betrachten; denn dort läßt sich die Andeutung eines bloßen factischen Instituts kaum verkennen; während bei dem andern Fall an die oben[161]) beleuchteten Merkmale der entschiedenen Regirung eines Instituts durch das

156) Isidor a. a. O. L. 15. *D. de inoffic. testam.* L. 12. *de bon. libertor.* L. 7. *de bon. damnator.* Freiesleben a. a. O. S. 129.

157) S. oben not. 12.

158) Treckel *Tract. de orig. et progress. testam. faction. ap. Rom.* c. 1. §. 9. die Ausleger des Theophilus a. a. O. bei Reitz T. I. p. 16. not. z. Merillius *Comm. ad. Inst.* Lib. 1. Tit. 2. §. 1.

159) Ulpian's *Fragm.* Tit. 20. §. 16. vergl. Plinius *Epist.* Lib. 8. Ep. 16.

160) Ulpian das. §. 14.

161) not. 24.

Jus Gentium erinnert werden muß. Desto interessanter ist aber die Frage: ob und in wie weit Codicille und Fideicommiße nach der Ansicht der Römer dem Jus Gentium angehört haben? Die Beantwortung derselben berührt nicht blos die Geschichte des römischen Rechts im allgemeinen, und die der Gesetzgebung Justinian's insbesondre[162]), sondern äußert zum Theil auch auf die Praxis des gemeinen Rechts gelegentlichen Einfluß[163]). Durch die Erwähnung der *rogatio* des Erblaßers an den *familiae emtor* bei dem *testamentum per aes et libram*[164]) wird nicht leicht jemand be-

162) Namentlich die Frage: ob Justinian bei der Aeußerung, er habe durch seine Verfügung über die Verbindlichkeit der Oral-Fideicommiße die Verordnungen August's wegen der Codicille übertroffen, (L. 32. *C. de fidecommiss.* §. fin. *I. de fideicom. hereditatt.*) eine Rükkehr zu den einfachen Prinzipien des Jus Gentium im Sinne gehabt haben können? Vergl. Löhr im Archiv f. Civ. Prax. Bd. 2. S. 188. und wegen der daselbst erwähnten ausdehnenden Erklärung der Verordnung Justinian's, Alciatus *Parerg.* Lib. 3. c. 23. *Paradox.* Lib. 1. c. 4. (*Opp.* T. II. p. 273. T. III. p. 12 sq. Bas. 1571. F.)

163) So z. B. für die Entscheidung der bestrittenen Fragen: ob zur gültigen Errichtung der Codicille auch eine vorgängige *rogatio testium*, und bei schriftlichen Codicillen das Untersiegeln der Urkunde durch die Zeugen erforderlich sei? ob Legatare und Fideicommißare gültige CodicillarZeugen seyn können? (S. Thibaut's Pandecten §. 783. Marezoll in Löhr's Magazin Bd. 4. No. 11. S. 162. fgg.) ist es folgenreich, ob man die Codicille als anfänglich rein factische, erst unter den Kaisern dem Jus Civile einverleibte Institute betrachtet; indem alsdann überall, wo nicht das Gegentheil ausdrücklich bemerkt worden, eine Gleichstellung mit den Formen der Testamente im Justinianischen Recht zu präsumiren ist, und eine Bezugnahme auf deren frühere juristische Gültigkeit ganz ausgeschloßen bleibt.

164) Gajus *Comm.* II. §. 102. — 105.

wogen werden, die Fideicommiße aus dem Jus Civile abzuleiten[165]); desto unbedenklicher scheint aber deren Zurückführung auf das Jus Gentium zu seyn, welche daher von den Auslegern des römischen Rechts allgemein zugestanden ist[166]), auch bevor die scheinbar so entscheidende Aussage des Gaius[167]) bekannt war, daß ursprünglich die Fideicommiße auf sämtliche Peregrinen anwendbar gewesen seien. Nichts desto weniger sind die Zweifel an der Richtigkeit dieser Schlußfolge überwiegend. Vergleicht man den, in den Hauptpunkten[167a]) unverdächtigen Bericht der Institutionen Justinian's[168]) über die Entstehung und Ausbildung der Fideicommiße und Codicille, so erhellet, daß diese Institute zwar schon vor August existirten, aber ohne allen rechtlichen Charakter, durch keine Solemnien bei ihrer Errichtung beschränkt,

165) Einen Versuch zur Erklärung dieser Singularität findet man bei Schrader a. a. O. S. 957. S. 970. vergl. Hugo's Civilist. Magaz. Bd. 5. S. 152. fgg.

166 Duarenus *Paraphr. ad Tit. D. de hered. instit.* Athan Oteyza *Paralipom. et Electa I. Civ.* Lib. 4. c. 11. §. 11. sqq. (in Meermann's *Thesaur.* T. I. p. 581. sqq.) Nic. Antonius *de iurib. exulum.* Lib. 2. c. 19. §. 4. §. 8. c. 20. §. 4. — 6. (Ebendas. T. III. p. 98. sqq.)

167) *Comm.* II. §. 284. fgg.

167a) Minder wesentliche Einzelheiten sind allerdings entstellt. So z. B. die Bemerkung in §. 1. *I. de fideicomm. hereditatt.*, daß die Fideicommiße ursprünglich allein für die von der paßiven Testamenti Factio ausgeschloßenen Individuen eingeführt worden seien, stützt sich wol auf eine minder genaue Deutung des Berichts von Gajus a. a. O. Denn wie gedankenlos hier die Compilatoren ihre Quelle benutzt haben, geht schon aus den Schlußworten des §. fin. *I. de codicill.* hervor, die nur in Folge der Vergeßsamkeit hinsichtlich der Steuerungen des spätern Rechts recipirt worden sind.

168) §. 1. *I. de fideicomm. hereditatt. Pr. I. de codicill.*

indeß auch durch keine Art von juristischem Schutz ausgezeichnet waren[169]. August legte zuerst denselben rechtliche Wirksamkeit bei, indem er aus den *codicillis* ein *ius codicillorum* erschuf[170]; wovon die natürliche Folge war, daß nun auch die Voraussetzungen dieses Instituts einen juristischen Charakter annahmen. Freilich geschah dies sehr allmählig, und mit Beschränkung auf die materiellen Requisite der Gültigkeit, d. h. hinsichtlich der activen und paßiven Testamenti Factio[171]; denn eine Beschränkung der formellen Requisite gültig zu errichtender Codicille erfolgte erst unter den christlichen Kaisern[172]. Jene Charakteristik des Zustandes der Codicille und Fideicommiße vor den Zeiten August's paßt nun durchaus nicht auf Institute des Jus Gentium, denen ja ein entschiedner juristischer Charakter auf keine Weise abgestritten werden kann: wol aber sind darin die Wahrzeichen bloßer factisch existirender und vom

169) Sehr richtig heißt es in §. 1. *I. de fideic. hered.* Omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse — nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur.

170) So drückt sich Justinian nicht blos in *Pr. I. de codicill.* aus, sondern auch in §. 12. *I. de fideic. hered.* und darauf paßt auch die Bezeichnung der Errichtung von Fideicommißen: *fideicommisso heredem obligare*, bei Gajus a. a. O. §. 184. §. 277. Es ist deshalb kaum zu erklären, wie Heineccius *Syntagm. antiquitatt. R.* Lib. 2. Tit. 23. §. 15. sq. diesen Zusammenhang übersehn und die erste Einführung der Codicille dem August hat beilegen können.

171) Daß dieser Satz erst allmählig durch die Doctrin und die, auf dieselbe gestützten, Entscheidungen der gesetzgebenden Behörde anerkannt worden sei, erhellet aus L. 2. §. 2. L. 14. pr. *D. de codicill.* L. 2. *D. de leg. II.* Gajus *Comm.* II. §. 274. — 276 vergl. *Comm.* I. §. 24. *Comm.* II. §. 284. — 287. Ulpian's *Fragm.* Tit. 25. §. 4. — 7.

172) Heineccius a. a. O. §. 16.

Staate geduldeter Institute nicht zu verkennen[173]. Der Zutritt sämtlicher Peregrinen zu denselben konnte demnach nicht in Zweifel gezogen werden, und eben so wenig ist es in Abrede zu stellen, daß in einzelnen Civitates dergleichen letztwillige Verfügungen als unter den Schutz der Gesetze gestellt, schon früher als in Rom angetroffen seyn mögen; allein dies Criterium würde, nach dem obigen[174], eher die Negation als die Affirmation eines Instituts des Jus Gentium enthalten. August erhob die Fideicommiße aus ihrem blos geduldeten Zustande zum Range der Institute des Civil-Rechts; womit der Umstand wohl vereinbar ist, daß die Cognition über dieselben nicht dem Prätor Urbanus überwiesen ward[175]. Bei dem innigem Zusammenhang der Fideicommiße und Codicille nahmen die letztern zwar Theil an jener Erhebung, allein anfangs nur in materieller Beziehung; der Form ihrer Errichtung nach blieb ihnen der frühere Charakter bis zur Periode der christlichen Kaiser.

---

173) S. oben not. 120. fg.

174) S. not. 24. fgg.

175) Niemand wird wol die Schlußfolge für begründet halten, daß weil später ein eigner Prätor Fideicommißarius mit der Jurisdiction über solche Vermächtniße beauftragt wurde; hierbei an eine Analogie mit dem Edict des Prätor Peregrinus zu denken sei. Es ist nehmlich durchaus problematisch, ob der Prätor Fideicommißarius ein eignes Edictum Perpetuum hat publiciren dürfen, und das Institut der Fideicommiße scheint lediglich der Doctrin und der Legislation seit August seine Ausbildung zu verdanken.

Die
Oeconomie des Edicts

von

Herrn Professor Heffter in Bonn.

Bei meinen Untersuchungen über das vierte Buch von Gajus Institutionen bin ich unter andern auf eine Ansicht oder Entdeckung gerathen, die mir zuverläßig und nicht werthlos erscheint. Es ist keine andre, als die:

> das Edict des Prätor Urbanus war in seinem递 Haupttheil über die Actionen nach den alten Legis-Actionen geordnet und dieses System zeigt sich noch im Justinianischen Coder und mehr noch in den Digesten.

Um die Sache klar zu machen, muß ich zuerst Einiges über die Legis-Actionen in streitigen Sachen vorausschicken.

Bekanntlich nennt uns Gajus fünf derselben in folgender Ordnung: sacramenti actio, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem, und beschreibt sie auch in dieser Folge. Ohne das von ihm Gesagte und sonst Bekannte zu wiederhohlen, will ich nur die Hauptgegenstände, worauf sich die einzelnen L. A. bezogen, kürzlich angeben.

Daß zuerst die sacramenti actio hauptsächlich oder wohl gar lediglich und allein in denjenigen Sachen stattgefunden habe, welche uns Cicero de Orat. 1, 38. als Centumviralsachen nennt, mithin in Sachen des echten und legitimen Eigenthums, wird niemand leicht bezweifeln, der erwägt, daß Gajus be-

Erklärung der sacramenti actio gerade solche Beispiele vorbringt, die späterhin, zu Ciceros Zeiten, zur Reihe der Centumviralsachen gehörten, und daß eben in diesen Sachen späterhin noch lege sacramento agirt werden mußte. Sicher war also der hervorstechendste Character der sacramenti actio, Vindication.

Wo eine judicis postulatio Statt fand, ist unter allen noch am Dunkelsten; indeßen laßen sich auch hier ziemlich zuverläßige Vermuthungen aufstellen, die durch die spätern Untersuchungen auf das Vollkommenste bestätigt werden sollen. Zuvörderst war unter der judicis postulatio auch die arbitri postulatio begriffen, was eine alte Formel bei Valerius Probus nachweiset, wie denn überhaupt judex arbiterve in den zwölf Tafeln selbst schon mehrmals neben einander genannt wurde, und der Unterschied zwischen beiden war so gering, daß man ihn nach Ciceros Aeußerung nicht einmal ausdrücken konnte. Nun finden wir bereits in den zwölf Tafel-Fragmenten oder in den Nachrichten darüber Fälle angezeigt, in welchen ein oder mehrere arbitri das Urteil fällen sollten. Dahin gehörten namentlich die jurgia de finibus (*Cic.* de Leg. 1, 21.) und si vindiciam falsam tulit, wo tres arbitri entscheiden mußten; daß ferner in dem judicio familiae erciscundae ebenfalls schon nach den zwölf Tafeln ein arbiter gegeben wurde, läßt sich aus Gajus in l. 1. D. fam. ercisc. und Paulus sent. rec. 1, 18. so wie aus dem spätern Gebrauch, den Richter in Theilungssachen noch immer arbiter zu nennen, nicht bezweifeln. Schon aus der Natur der erwähnten Sachen könnte man nun auf die Vermuthung gerathen, daß auch in verschiedenen ähnlichen, wo es mehr auf boni viri arbitratum als auf Rechts-Entscheidungen ankam, eine actio per judicis arbitrive postulationem statt fand; z. B. also auch bei der ebenfalls aus den zwölf Tafeln herstammenden actio: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, und bei den Noxalklagen, wo es sich überall von Schätzungen handelte.

Der Gegenstand der l. a. per condictionem ist hinlänglich von Gajus bezeichnet, nämlich, entweder pecunia certa credita, oder quaelibet certa res, und der Zusammenhang mit den spätern Condictiones unverkennbar.

Was die l. a. per manus injectionem betrifft: so dürfen dabei die Nachrichten, welche wir außer Gajus davor haben, nicht übersehen werden, denn Gajus selbst bemerkt, daß diese legis actio in vielen Fällen statt gefunden habe, und er hebt nur einige davon aus. Ganz allgemein sagt Servius zu Virgil (Aen. 10, 1.): sermone juris manus injectio dicitur, quoties nulla iudicis auctoritate expectata rem nobis debitam vindicamus und insbesondre ist es entschieden, daß der dominus servi die manus injectio gegen den Knecht hatte, wo er ihn fand [1]) und daß die Befugnis dazu auch bei einem Verkauf vorbehalten oder excipirt werden konnte, um, wenn der Käufer den Bedingungen des Verkaufs entgegenhandelte, den servus wieder zu eximiren von der Gewalt des Käufers (auxilii ferendi causa). Beispiele hiervon finden sich in Menge in unsern Rechtsquellen [2]). Die Folge der manus injectio war in diesem Falle so gut wie in allen übrigen die, daß entweder ein vindex auftreten mußte [3]), und mit diesem war alsdann die Sache im ordentlichen Wege Rechtens, lege, d. h. sacramento abzumachen, oder das Ergriffene mußte verabfolgt werden.

Ueber die pignoris capio habe ich hier nichts weiter zu bemerken, als nur noch zu erinnern, daß ihre Stellung unter den eigentlichen Legis-Actionen in streitigen Sachen auch

---

1) Vergl *Livius* 3, 44.

2) L. 20. D. de manumission. l. 10. §. 1. D. de I. I. V. l. 9. D. de serv. exp. l. 7. D. qui sine manumiss. l. 1. 2. C. si servus export. l. un. § 3. 4. C. de latin. libert. toll.

3) Man sehe, was Brisson de form. 5, 38. darüber gesammelt hat, besonders die Stellen aus *Arrian* in *Epictet.* 4, 24.

nach Gaius nicht ausgemacht, sondern problematisch war. Und dieß genüge zur Befestigung der Grundlage des Folgenden.

Ueberraschend ist es unstreitig, wie in den Digesten die Anordnung des Actionensystems, also des Haupttheils des prätorischen Edicts zusammentrifft mit der Ordnung und dem Inhalt der fünf Legis-Actionen-Geschlechter. Wir finden nämlich:

1. nach dem allgemeinen Titel de iudiciis die actiones in rem, welche neben und an die Stelle der sacramenti actio in den Centumviralsachen nach und nach gesetzt wurden; an der Spitze steht die hereditatis petitio per querelam inofficiosi, bekanntlich die glänzendste Art der Centumviral-Cognitionen; den Beschluß machen die Vindicationen der Servituten, vielleicht auch Centumviralsachen. (Dig. 5, 2 bis 8, 6.)

2. Zwischen dem 8 und 12. Buche der Digesten, in welchem letztern die Condictionen anfangen, finden sich nun eine Menge iudicia eingeschaltet, deren Stelle bisher von Niemand befriedigend erklärt worden ist. Ich habe kein Bedenken, sie mit den Fällen der iudicis arbitrive postulatio in Verbindung zu setzen. Es sind die folgenden:

a) *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (9, 1.) »haec »actio ex lege XII. tabularum descendit«. l. 1. pr. eod.

b) *damni injuriae legis Aquiliae.* (9, 2.) Hier können wir entweder annehmen, daß die actio legis Aquiliae um deßwillen diesen Platz im Edict erhielt, weil sie an die Stelle der legis actio per iudicis postulationem propter damnum injuria datum trat, welche sich auf die zwölf Tafeln gründete, deren Bestimmungen sie aber aufhob (l. 1. pr. D. ht.) oder, was mir eben so sehr gefällt, die lex Aquilia war noch älter als die lex Aebutia, was sich auch einigermaaßen beweisen läßt, und sie führte eine eigne legis actio per i. p. ein — denn

auch nach ihr handelte es sich von Schätzungen [4]) — wie z. B. auch die lex Furia eine neue l. a. per manus injectionem einführte und zu dem Ende eine eigne *forma* gab.

Hiermit brachte nun der Prätor eine actio in factum de his qui effuderint vel dejecerint in Verbindung. (9, 3.)

c) die *actiones noxales*, wo es sich ebenfalls von aestimationibus handelte. (9, 4.)

d) die drei judicia mixta s. divisoria, nämlich *finium regundorum*, *fam. erciscundae*, *comm. dividundo* (10, 1 — 3.)

— also just diejenigen judicia, von welchen ich es oben wahrscheinlich gemacht habe, daß dabei judicis arbitrive postulatio statt fand. Die vorbereitende Klage *ad exhibendum* welche hier (10, 4.) gerade folgt, desgleichen die *interrogaroriae actiones* (11, 1) stehn mit allen vorhergehenden in Verbindung. Die actiones in factum, auf welche wir alsdann stoßen, nämlich de servo corrupto (11, 3.) de aleatoribus (11, 5.) si mensor falsum modum dixerit (11, 6.) de religiosis und de mortuo inferendo (11, 7. 8.) machen es nicht unwahrscheinlich, daß sie sich zum Theil wenigstens auf Gegenstände der 12 Tafeln bezogen, wofür es eine judicis postulatio gab, mindestens haben sie alle eine Analogie damit, denn in allen handelt es sich von arbiträren Schätzungen. Oder aber, man kann annehmen, in allen Delictsachen, worin nach den zwölf Tafelgesetzen auf eine Privat-Entschädigung oder Poen geklagt werden konnte, fand judicis postulatio statt, und vielleicht waren im prätorischen Edikt an dieser Stelle alle Pönalklagen ex delicto aufgestellt. In Ulpians und Paulus

---

4) Nach Ulpian l. 9. §. 1. D. de reb. cred. erzeugt freilich auch die lex Aquilia eine condictio certi; indeßen ist das unverkennbar eine spätere Ansicht, oder es bezieht sich vielleicht auf cap. II. der lex.

Schriften zum Edict kommen hier in der That die actiones populares im Allgemeinen und besonders noch die actio sepulcri violati vor.

3. Im zwölften Buch der Digesten treffen wir auf die Condictionen. Deutlich sind daselbst bis zum 5. Titel des dreizehnten Buchs die Condictio de pecunia certa credita und de omni certa re praeter pecuniam numeratam ausgezeichnet, neben der spätern Erfindung der condictio incerti, wovon die nähere Zergliederung nicht weiter hieher gehört. Und damit setzte der Prätor in unmittelbare Verbindung die Civilklagen bonae fidei, nämlich *commodati* (13, 6.) *fiduciae* (13, 8.) *negotiorum gestorum* (die zwar in den Digesten an einen andern Ort hingestellt ist, an deren Platz wir aber einige verwandte Klagen finden, nämlich die exercitoria, institoria, tributoria und andre im 14. und 15. Buch der Dig.) *depositi* (16, 3.) *mandati* (17, 1.) *pro socio* (17, 2.) *emti*, *venditi* (Buch 18 u. 19. 1.) *locati*, *conducti*; (19, 2.) sodann ohne Zweifel die *actio rei uxoriae* mit der a. *rerum amotarum*, endlich die actio *tutelae*. Buch 23 — 27. Ueber die Verbindung der gedachten Civilklagen im Edict mit den Condictionen in der angegebenen Ordnung kann uns unter andern Gajus Zeuge seyn, welcher, nachdem er bemerkt hat, daß bei den Condictionen keine Fiction der alten Legis Actio per condictionem weiter vorkomme, hinzusetzt: intellegimus, eas formulas, quibus pecuniam aut rem nobis *dare oportere intendimus*, sua vi ac potestate valere; *ejusdem naturae* sunt actiones *commodati*, *fiduciae*, *negotiorum gestorum*, et aliae innumerabiles. Also gerade in der obigen Ordnung der Digesten bringt Gajus die judicia b. f. mit den Condictionen in Verbindung. Den Schluß der Condictionen Abtheilung mögen im Edict die condictio furtiva und actio furti, desgleichen de operis libertorum gemacht haben (de *Weyhe* de edict. p. 219 sq.) dies ist indeßen hier ein weniger bedeutendes und an sich erklärbares Moment.

Und bis hieher ist wohl der Zusammenhang der Edicts-Oeconomie auf der Grundlage der Legis-Actionen deutlich und unverkennbar; und so weit ist auch die Ordnung der Digesten in völligem Einklang mit der Fragmentenfolge der Bücher der Edicts-Commentatoren. Weiterhin wird die Vereinigung beider Ordnungen freilich oft mißlich und schwierig; indeßen laßen sich immer noch einige hauptsächliche Vergleichungspuncte auffinden, und die angedeuteten Grundlagen noch weiter verfolgen. Wenn wir nämlich

4) alles dasjenige übergehn, was Julian lib. 24–28. Ulpian lib. 39–50. Paulus lib. 42–46. ad edictum über die bonorum possessiones, also ein eigenthümliches prätorisches Institut, hinter dem Condictionen-Theil des Edicts abhandelten: so folgt

a) bei den genannten Juristen die Lehre von den Legaten (S. *de Weihe de edicto* pg. 249.) was uns sogleich an die lex *Furia* und die dadurch eingeführte legis actio per manus iniectionem (Gaius 4, 23.) erinnern muß.

b) Gerade da, wo nun das Digestum novum anfängt, (lib. 39.) treffen wir aber auf einige Gegenstände und Klagen, deren Zusammenhang unter sich und mit dem Uebrigen wieder kaum erklärbar erscheint; nämlich, operis novi nunciatio, damni infecti, aquae pluviae arcendae, die unter sich noch allenfalls einen Zusammenhang haben; dann aber folgt die actio in factum gegen die excedirenden publicanos und endlich der Titel von den Donationen.

Wir müßen diese Dinge im Einzelnen betrachten. Daß die operis novi nunciatio und actio aquae pluviae arcendae hinter den legatis im Edict vorkam, ist gewiß: und auch wegen des damni infecti ist dieß wahrscheinlich genug, wenn gleich Ulpian davon auch im 23sten Buche gehandelt hat, unter denjenigen Klagen, die der legis actio propter dam-

num infectum, wovon wohl auch die actio si aqua pluvia nocet, h. e. nocere poterit [6]) nur eine Unterart war, weil es sich darin ebenfalls noch vom damnum infectum handelte. Wahrscheinlich fand hiebei eine iudicis arbitrive postulatio statt, denn sowohl bei Cicero [7]), als in den Digesten [8]) wird bei der actio a. pl. ein *arbiter* erwähnt, und darum mag auch das Edict des damni infecti schon bei den iudicis postulationibus gedacht haben. Allein vielleicht mußte derjenige, welcher propter damnum inf. lege agiren wollte, mit einer manus iniectio oder auch pignoris capio anfangen — denn diese beiden Legis-Actionen waren ja auf alle Fälle nur präparatorisch und schloßen ferneres gerichtliches Erkenntniß nicht aus — und daher stellte der Prätor im Edict die Stipulatio propter damnum infectum, so wie die o. n. n. hauptsächlich an diesem Ort auf.

Was die prätorische Klage gegen die publicanos betrifft, so kam sie hier im Edict noch nicht vor, jedoch bald nachher; noch fremder aber ist hier die Stellung des Titels von den Schenkungen unter Lebendigen, wenn gleich so viel gewiß ist, daß die Edicts-Commentatoren sie in den letzten Büchern abhandelten, (Julian im 60sten Buche, Ulpian im 71sten und 76sten).

c) Zweifellos tritt nun wieder die *manus iniectio* im vierzigsten Buch der Digesten und den entsprechenden Büchern der Edicts-Commentatoren hervor, nämlich in Beziehung auf die Adsertionen und causas liberales und sie wird dort sogar zweimal ausdrücklich erwähnt, nämlich in l. 20. D. de manumission. l. 7. qui sine manumiss.

---

6) S. l. 21. pr. D. de statuliberis, und l. 5. D. ne quid in loco publ.

7) Top. c. 10.

8) Alfenus l. 24. pr. D. de aqua et aqu. pl.

Sogleich hinter dieser Materie stößt man nun bei den Edicts-Commentatoren nicht aber in den Digesten wieder auf einige Edicte, welche sich auf Gewaltthätigkeiten beziehen, nämlich auf die schon erwähnte Klage gegen die publicanos; ferner si quid hominibus coactis vel per turbam factum esse dicetur u. s. f. und die dann folgende actio iniuriarum (*Weyhe* p. 254 sqq.). Dazu konnten dem Prätor die Fälle unrechtmäßiger manus iniectio Veranlaßung geben; übrigens aber erinnert die actio contra publicanos unwillkührlich an die pignoris capio, welche den Gefäll-Pächtern gegen die Contribuabeln zustand (Gaius 4, 28.) Deutlich aber führt wiederum, mit Uebergehung des eingeschalteten blos civilistischen 41sten Buches der Digesten

d) das 42ste Buch *de re iudicata* auf die legis actio per manus iniectionem, welche das alte Recht dafür hatte, zurück.

Warum alsdann der Prätor gerade die Interdicte einschaltete, wie es unstreitig der Fall war, das läßt sich dadurch erklären, weil ja das Interdict des Prätor eine dem Judicat analoge Kraft haben sollte und konnte; dann folgten die Exceptionen, wenigstens die hauptsächlichsten, nämlich die exceptio rei in iudicium deductae et iudicatae. (Dig. l. 43. 44, 1—6.)

e) Der außerdem nun noch übrige Theil des Edicts, wovon die Digesten und die Commentatoren übereinstimmend zuletzt handeln, nämlich von den Sponsionen und Stipulationen läßt sich ohne Schwierigkeit auf die legis actio per manus iniectionem zurückführen, welche die lex Publilia und Furia pro iudicato eingeführt hatten (Gai. 4, §. 22.)

Und so dünkt mich wäre der Beweis geführt, wenigstens zu einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit gebracht, daß das Edict hauptsächlich nach den vier Legis-Actionen-Geschlechtern in der obigen Folge zusammengestellt war, und

vielleich darf auch die angedeutete Spur der pignoris capio nicht ganz verworfen werden, wenn schon bei den wenigen Fällen, worauf sie sich erstreckte, und bei ihrer eigentlichen Natur es nicht zu verwundern wäre, wenn der Prätor im Edict gar keine Rücksicht darauf genommen hätte.

Ein völlig ähnliches, und in einer Hinsicht noch interessanteres Resultat liefert die Vergleichung des Justinianischen Coder. Was die drei ersten der oben nachgewiesenen Theile betrifft, so herrscht darin die vollkommenste Uebereinstimmung. Wir haben nämlich

lib. III. tit. 28—34. die Realklagen

tit. 35—44. die Klagen ad iudicis postulationem

und lib. IV. et V. die in den Condictionen-Theil gehörigen Materien. Auch die im 6ten Buch noch zuerst vorkommenden Titel: de servis fugitivis, de furtis, de operis libertorum u. s. w. (tit. 1—8.) könnte man, wie wir oben gesehen haben, zu dem dritten Theil rechnen; indeß läßt sich auch der erste Titel, nämlich de servis fugitivis, und sodann das Verhältniß des libertus zum Patron leicht an die legis actio per man. ini. anknüpfen, und dafür spricht sogar der damit beginnende neue Abschnitt im Coder.

Weiterhin ist nun die Ordnung des Coder die, daß zunächst, wie in den Digesten, de successionibus und dabei von den L e g a t e n gehandelt wird (lib. VI. tit. 9. sqq.) Dann folgt das Recht der Adsertionen, Manumissionen u. s. w. (lib. VII. tit. 1—25.) dann mit Uebergehung der dem Edict fremden Tit. 26—41. die Lehre von der *res iudicata* (Tit. 42. fgg.) mit dem Anhang von den Interdicten, einschließlich der o. n. n. (VIII., 1—13.) worauf, merkwürdig genug, de pignoribus et hypothecis Tit. 14—33. gehandelt wird, und hiernächst de *stipulationibus* Tit. 38—46. Ganz zuletzt folgt nach einigen Einschiebseln Tit. 54—67. de *donationibus*. Also in den Hauptpuncten völlig so, wie sich das Edict aus den Digesten herausstellt. Merkwürdig erscheint aber dabei

doch die seltsame Stellung der Lehre de pignoribus, was ja wohl auch an die pignoris capio erinnern könnte; endlich aber ist die gleichmäßige Hinstellung der Titel de donationibus am Ende des civilrechtlichen Klagesystems, wie bei den Edicts-Commentatoren, noch einer Betrachtung werth. Sollte vielleicht die lex Cincia gleich der ihr in manchen Stücken gewiß verwandten lex Furia testamentaria ebenfalls eine manus iniectio eingeführt haben, wider denjenigen, der mehr, als gesetzlich erlaubt ward, geschenkt erhalten hatte, und kommt vielleicht daher die Stellung jener Materie in den letzten Theil des Edicts-Systems? Denn Alles, was man entgegensetzen könnte, daß die lex Cincia eine s. g. lex imperfecta gewesen sey, ist doch höchst problematisch und dagegen gewiß, daß es nach der Sprache der spätern Juristen, wie sie uns überliefert ward, eine condictio gab, um das gegen den gesetzlichen modus Geschenkte zurückzuziehn. l. 21. §. 1. D. de donat. et fragm. Vat. §. 266. also keine prätorische, sondern eine Civilklage, die wohl aus der legis actio per manus injectionem hervorgegangen seyn konnte. Jene Berücksichtigung einer manus iniectio ex lege Cincia am Ende des Edicts wäre auch um so erklärbarer, weil es ohne Zweifel die am spätesten eingeführte legis actio gewesen seyn würde. Daß übrigens die manus iniectio noch bis zur ersten lex Iulia iudiciaria fortbestanden habe, werde ich in meinen Anmerkungen zu Gaius viertem Buch auszuführen suchen. Doch gestehe ich gern, daß ich diese Vermuthungen über den Inhalt der gedachten Lex nicht im Geringsten für zuverläßig ausgeben will; es könnte seyn, daß das Gesetz einer Klage gar nicht gedacht hätte, weil in der Mitte des sechsten Jahrhunderts ohne Zweifel der größte Theil der Legis-Actionen schon aufgehoben war, und daß sie der Prätor daher nur als eine sich von selbst verstehende, und aus dem Gesetz fließende Klage seitdem am Ende des Edicts mit aufgeführt hätte, wenn sie überhaupt darin vorkam.

Woher nun aber am Ende diese ganze Einrichtung des Edicts nach den Geschlechtern der Legis-Actionen? Dafür ist die Erklärung leicht gefunden. So lange nur die Legis-Actionen in Gebrauch waren, gab es noch kein prätorisches Edict, welches die Klageformeln regulirte; denn es bedurfte dessen nicht und Gaius sagt es ausdrücklich. Erst als die lex Aebutia die Strenge des alten Proceßsystems gebrochen hatte, konnte das Bedürfniß entstehn, den prozeßführenden Parteien eine neue Ordnung vorzuschreiben. Nun ist ferner so viel erweislich, daß die lex Aebutia nicht alle legis actiones abschaffte, sondern daß sie wenigstens zum Theil noch fortbestanden. Was war nun wohl natürlicher, als daß die Prätoren bei Aufstellung der neuen Klageformeln die Reihe der Legis-Actionen verfolgten, in welchen bisher das ganze Actionenrecht enthalten war? Und hatte man nicht schon seit der Mitte des fünften Jahrhunderts — und also gewiß vor der lex Aebutia das ius Flavianum, oder ein von Appius Claudius redigirtes System der Legis-Actionen? Sollte nicht darin die Ordnung des Edicts ihren Grund haben? Nichts in der ganzen römischen Rechtsgeschichte steht außer aller Verbindung mit der Folgezeit.

Wie viel natürlicher ist nun nicht diese Ansicht von der Entstehung der Edicts-Oeconomie, als das gezwungene System, welches man ihr bisher häufig zu Grunde gelegt hat. Das Einzige, was man vielleicht bei meiner Entdeckung ausstellen könnte, ist unstreitig der Umstand, daß die verschiedenen manus iniectiones in einer an sich nicht einleuchtenden Ordnung hinter einander im Edict aufgestellt erscheinen; dieser Vorwurf trifft aber eigentlich nur die manus iniectio ex lege Furia, die neben dem reichhaltigen Edict über die bonorum possessiones beinahe gänzlich verschwindet, und vielleicht auch von ihrem historischen Platz durch den Prätor verrückt worden ist. Ueberhaupt aber erklärt sich die seltsame Ordnung der vierten Edictsabtheilung daraus, daß die

manus iniectiones nicht auf einmal, sondern erst nach und nach durch einzelne Gesetze eingeführt wurden, selbst nachdem ein großer Theil der Legis-Actionen schon aufgehoben war, wodurch sich denn auch das bereits angefangene Edict am Ende wieder erweitern mußte. Bei den drei ersten ActionenGeschlechtern fiel dieses weg, darum sind auch die drei ersten Abtheilungen deutlicher hervortretend.

Vielleicht werden Andere das von mir angedeutete System noch in mehrere Einzelnheiten genauer begründen können; daß ich die Hauptpuncte getroffen habe, ist bei mir feste Ueberzeugung geworden.

Von

der Bestellung der Servituten

durch simple Verträge und Stipulationen.

Von

Hasse.

Die Untersuchung über den ausgestellten Gegenstand hat, wie so manche andre, durch die Auffindung der ächten Institutionen des Gajus eine ganz neue Auffrischung erhalten. Es ist freilich nur eine Stelle in diesen (II. 31.), welche hier vorzüglich eingegriffen hat, aber sie ist auch von der größesten Wichtigkeit, sowohl für sich selbst, als durch ihr Verhältniß zu manchen Pandektenstellen und besonders zu dem, was in den Justinianischen Institutionen, aus ihr und, so viel man urtheilen kann, aus einer andern Schrift des Gajus excerpirt worden ist (§. 4. I. de servit. §. 1. I. de usufr. vergl. damit L. 3. D. eod.). Daher sind denn auch in neuerer Zeit mehrere Abhandlungen über diesen Gegenstand eigends verfaßt worden, die denselben gleichsam einer Disputatio fori unterworfen haben:

1. *Ed. Jos. Schmidtlein* de servitutibus per pactum constituendis. Diss. inaug. Gotting. 1823. Vergl. v. Savigny das Recht des Besitzes (4te Aufl. S. 447 Not. 1. S. 454. Not. 2).

2. Zimmern, können Servituten durch Vertrag bestellt werden? im Archiv f. d. civilist. Praxis B. VII. (1824) S. 309—334. Vergl. du Roi Bemerkungen über actio in rem, daselbst B. VI. (1823) S. 284-286.

3. Michelsen, Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden, ebendaselbst B. VIII. (1825). S. 362 — 389.

Diese Aufsätze haben sämmtlich ihren Werth, und wir alle haben Ursache den Verfassern erkenntlich zu seyn, daß sie die Sache so fleißig und scharfsinnig durchgestritten haben, ich erkenne es mit Vergnügen an, daß ich durch jeden derselben unterrichtet worden bin. Schmidtlein hatte eine Theorie seines Lehrers, v. Savigny, zuerst durch den Druck bekannt gemacht, und diese ganz durchzuführen gesucht, sowohl für das alte als für das heutige Recht; dagegen war Zimmern aufgetreten, und Michelsen, der selbst ein Schüler von Savigny ist, hat wieder die Vertheidigung übernommen. An arges und feindseliges Streiten, wie es wohl auch in neuerer Zeit durch die Presse geführt und unternommen wurde, ist hier gar nicht zu denken, und so darf auch niemand, welche Ueberzeugung er auch hegen mag, eine feindliche Stellung gegen eine dieser Schriften annehmen; das wird überhaupt, wenn es seyn kann — es kann allerdings nicht immer seyn — besser vermieden, da das Böse sich in sich selbst zu verzehren pflegt, wenn man es nur nicht berührt, je frecher und ungezügelter es auflodert, nur desto eher. Indem ich daher über die besprochene Frage nun auch gehört zu werden wünsche, bitte ich zum voraus, wenn dieß und jenes in dem nachstehenden Aufsatz mit einiger Lebhaftigkeit getadelt oder gelobt werden sollte, es keiner Parteilichkeit zuzuschreiben, wer sich die Mühe nehmen will, meiner Darstellung ruhig zu folgen, der wird mich davon freisprechen, denn Wohlgefallen an dem, was uns schön und treffend erscheint, so wie Misfallen an dem, was wir für recht verkehrt und gründlich falsch halten, ist noch keine Parteilichkeit. Im Ganzen ist, wie gesagt, jede der Schriften sehr schätzbar, durch jede ist es leichter geworden, in das Wesen der Sache einzudringen, und das Wahre von

dem Falschen zu unterscheiden, wenn auch die eine oder die andre mehr skeptischen als dogmatischen Gehalt haben sollte: scharfsinnige Zweifel soll niemand gering achten, sie sind nur um so achtbarer, je tiefer sie einschneiden.

Auch die folgende Abhandlung wird einem großen Theil nach verneinend sich verhalten, auf besonders neue Entdeckungen auszugehn kann nach den Vorarbeiten und bei dem Zustand der Quellen gar nicht ihr Zweck seyn, eben so wenig die Untersuchung abzuschließen, vielmehr soll sie dahin zielen, daß es deutlich erkannt werde, wie weit die Sache jetzt gediehen ist, und was man nunmehr als gewiß und entschieden ansehen darf, und was dagegen noch als zweifelhaft und ungewiß betrachtet werden muß. Ihr eigenstes Geschäft soll aber seyn, die ganze Untersuchung in ihren Hauptheilen mit practischen Ansichten und Reflexionen in Verbindung zu bringen. Weshalb dieß hier besonders nöthig und nützlich ist, wird sich aus dem Verfolg selbst ergeben, und ich denke, man wird so erst recht inne werden, wo man mehr Grund zum redlichen Zweifel, als zu rascher Gewißheit habe; aber überhaupt ist, meine ich, diese Art zu verfahren das sicherste Mittel, den Verirrungen der so genannten historisch-juristischen Methode vorzubeugen, und so wird sie hoffentlich auch noch öftrer in dieser Zeitschrift befolgt werden. Ich denke nicht daran hier ein Muster aufzustellen, aber als einen gut gemeinten Versuch — es ist nicht der erste — bitte ich es gelten zu lassen. Daß die historische Behandlung der Rechtswissenschaft, so wie diese nie seit der Einwirkung des klassischen Alterthums ganz hat unterlassen werden können, jedoch aber in der neuen Zeit einen neuen Umschwung bekam, auch ihre eignen Gefahren habe, die in manchem Versuch der letzten Periode nicht immer glücklich vermieden worden sind, und daß wenn man diesen nicht zu begegnen wüßte, auch für die Praxis Nachtheil zu fürchten wäre, läßt sich gar nicht in Abrede stellen. Und wenn diejenigen,





welche das Universitätswesen zu lenken haben, eine sorgliche Aufmerksamkeit hierauf schon richteten, so haben wir alle Ursache, dafür dankbar zu seyn. Aber niemand darf dieß so auffassen, als sey es am rathsamsten, die Rechtsgeschichte von der Dogmatik des geltenden Rechts ganz wieder los zu reißen, und beide ihre eigenen Bahnen wandeln zu lassen. Das ist, dem Himmel sey gedankt, schon unmöglich, und würde, wenn es möglich wäre, zu wahrer Philisterey (sit venia verbo) auf der einen, und zu gelehrter Charlatanerie und einer eleganten Jurisprudenz von neuem Schnitt auf der andern Seite, bald genug hinführen. Vielmehr soll man, im rechten Sinn einer weisen Leitung, alles aufbieten, was unsre Kräfte gestatten, die verschiedenen Elemente unsers Wissens so geschickt zu mischen, daß weder die Theorie in eine Krämerey mit gelehrten Kleinigkeiten oder in künstliche Systeme ohne ächtes Leben und Wahrheit, bey allem Schein des Geistreichen, oder endlich in ein geistloses Zusammenhäufen vieler einzelner Dogmen ohne tiefe innere Verbindung ausarte, noch die Praxis, aus Scheu vor ernsten Studien immer mehr verderbe und rückschreite, vor welcher Schmach sie gewiß nichts bewahren kann, wenn ihr nicht durch Anwendung redlich erforschter Geschichte und ächter Philosophie immer frische Nahrung und junges Leben zugeführt wird. Durch die neuern Bewegungen in unserer Disciplin ist nur die Arbeit schwerer geworden, dazu aber sollen wir uns Glück wünschen. Vielleicht erhalte ich in unserm Museum Gelegenheit, mich hierüber näher und anschaulicher zu erklären. Jetzt zur Sache.

Beschränkungen des Eigenthums zum Vortheile Anderer lassen bekanntlich sich auf die mannigfaltigste Weise denken. So wie man das ganze Recht an einen Andern bringen kann, so kann man ihm einzelne Stücke abtreten, indem man sich selbst willkürlich in seinem Recht beschränkt, dabei kann man so viele Verfügungs-Befugnisse zusammenfassen, oder sie so

sehr vereinzelnen, als man will. Daß man dieß möglichst frei könne, daß man es auch mit Effect könne, so daß der, dem dieß zugestanden wird, auf gerichtlichen Zwang Anspruch erhalte, daran liegt nicht bloß den Andern, die mit dem Eigenthümer grade in Berührung kommen, sondern auch dem Eigenthümer selbst, der ohne dieß seines Eigenthums oft nicht recht würde froh werden können.

In welcher Form dieß nun aber geschehen dürfe, ist von großer Erheblichkeit. Unstreitig kann dazu die Form einer Obligatio ganz frei gewählt werden, mag man nun dem Andern die Möglichkeit, unsre Sache eine Zeit hindurch benutzen und Früchte zu ziehn, oder sonst etwas Einzelnes mit derselben vorzunehmen, was sonst nur der Eigenthümer darf, zusichern, oder mag man sich selbst verbinden wollen, etwas **nicht** mit der Sache zu thun, was man sonst als ihr Beherrscher allerdings thun darf. Diese Form gewährt den Vortheil, daß der Eigenthümer sich so zu einem positiven Leisten anheischig machen kann, er will es schaffen, daß der Andre das könne, was ihm sonst nur zusteht. Auf der andern Seite ist aber auch diese Form sehr unzureichend und hat oft große Unbequemlichkeiten. Fast nur zu einer Ueberlassung des Gebrauchs der Sache auf eine nicht lange Zeit ist sie anwendbar. Soll jemanden die Benutzung auch nur auf Lebenszeit zugestanden werden, will jemand auch nur sicher seyn, daß er mit den Seinigen einen Weg über das Grundstück des andern werde benutzen, daß er dort werde Wasser schöpfen, eine gewisse Erdart zu seinem vielleicht künstlerischen Bedürfniß immer werde wegnehmen können, so ist diese Form schon unpassend; vollends ist sie es, wenn er zum Nutzen nicht sowohl seiner Person als seines Grundstücks, und zur Erhöhung des Werths desselben, sich sichern will daß der Besitzer des benachbarten Grundstücks sich in seinem Eigenthum beschränken lassen werde, vielleicht auf eine Art die ihm gar nicht lästig fällt, die uns aber viel Nutzen

bringt, indem sie unser Eigenthum über seine Grenze erweitert Da das Recht hier lange Dauer, oder Dauer auf immer haben soll, so muß eine Veräußerung der Sache zwar frei bleiben, aber doch unschädlich gemacht werden; das würde aber beides nicht seyn können, wenn der dritte Besitzer der Sache, z. B. der Käufer, nicht in den Nexus träte. Die Obligatio bindet nur die eine Person, die sich obligirt hat, und deren Erben, keinesweges den successor in rem, diese Person kann aber insolvent werden. Gesetzt der Berechtigte hielte sich hinreichend dadurch gesichert, so würde der Verpflichtete übel daran seyn, daß er durch keine Veräußerung der Sache sich seiner Pflicht entledigen könnte; er würde in infinitum für das Betragen eines extranens herkommen müssen, und wollte er das nicht, so müste er die vortheilhafteste Gelegenheit zum Verkauf ausschlagen. Ja wenn er durch einen Zufall um den Besitz seiner Sache käme und ein bonae fidei possessor sie usucapirte, so müßte er, wenn der Andre durch seine Person völlig gesichert seyn sollte, noch das Interesse prästiren, sobald der neue Eigenthümer, der nicht einmal sein Singular-Successor ist, sich der Beschränkung seines Eigenthums entzöge. Es hat dieß etwas so Ungereimtes, daß es sich zwar wohl künstlich juristisch aber nicht gut factisch möglich denken läßt. Von seinem Singular-Successor könnte er es sich noch wieder versprechen lassen, dadurch würden dann aber bei wiederholten Veräußerungen obligationes auf obligationes geimpft werden, die Verhältnisse würden um eines Weges, um einer Wasserleitung, eines Traufenfalls willen immer verwickelter werden, und am Ende würde einmal Einer dabei zu Schaden kommen. Dieß ist gar nicht schwer einzusehn, und doch scheinen es die ganz vergessen zu haben, die so leicht dazu gegriffen haben, obligationes mit servitut-ähnlichem Inhalt gelten zu lassen. Aber auch umgekehrt, wenn jemand sich und seinen Singularsuccessoren eine Befugniß, die das Eigenthum des andern beschränkt, sichern will, und das muß ja sein eigner Vortheil seyn, und

zugleich der des Andern, der sein Eigenthum so besser aus-nützen kann; so ist wieder mit einer Obligatio nicht geholfen, da diese auch activ nur auf den Universalsuccessor übergeht.

Allen diesen Mängeln und Unbequemlichkeiten ist durch das was wir Dinglichkeit der Rechte nennen, abzuhelfen, und es ist deshalb schwer zu glauben, daß in einer Gegend von bedeutendem Umfang, wo Menschen mit einander in nahe Berührung und Verkehr gekommen sind, diese bei Ueberlassungen einzelner Stücke des Eigenthums lange ausbleiben kann. Die Form der römischen servitus ist hierfür unstreitig die zweckmäßigste, sie erfüllt nicht allein alle die bisher berührten Bedürfnisse [1]) sondern sie verhütet auch, so weit es seyn kann, Erschöpfung und Zerrüttung des Eigenthums, und alle Dienstbarkeit, die durch positive Leistungen alle künftigen Besitzer eines Grundstücks in eine Art Knechtschaft bringen, und auf die Weise eine Art obligationes verewigen würde.

So sehr nun aber auch die Möglichkeit, solche Beschränkungen und auf der andern Seite Erweiterungen des Eigenthums oder der persönlichen Befugnisse gegen eine fremde Sache, dinglich zu constituiren im allgemeinen wünschenswerth erscheint; so darf doch keinesweges in einem positiven Recht eine Hinneigung seyn, dergleichen in concreto als wirklich anzunehmen. Denn wie es für den Eigenthümer vortheilhaft ist, sich so mit Bedacht in seinem Eigenthum zu beschränken, wenn er für das was er aufgibt mehr gewinnen kann, so kann es auch für ihn sehr schädlich seyn, wenn er es leichtsinnig thut und vielleicht für einen augenblicklichen schnell vorübergehenden Vortheil für immer oder auf lange Zeit sein Eigenthum bindet und verkürzt. Daher ist es ein großer Vortheil in einem positiven Recht, wenn sich darin feste Formen finden, woran sich ein überlegter Ent-

1) Vergl. L. 17. §. 2. D. de usufr. L. 12. D. Commun. praed. L. 23. §. 2. D. d. S. P. R. L. 19. D. quib. mod. ususfr. amitt.

schluß, dergleichen wirklich zu constituiren, deutlich immer erkennen läßt, und die daher auch, indem sie sich leicht und ohne Unbequemlichkeit darbieten, nicht umgangen werden dürfen, wenn man überhaupt dergleichen hervorbringen will, die formloseste Art würde aber seyn, wenn ein bloßer Vertrag, eine conventio dazu hinreichte.

Es ist ganz und gar nicht undenkbar, daß auch das ganze Eigenthum auf einen Andern übertragen werden könne, durch bloßen Vertrag, an und für sich läßt sich auch nichts Gescheites dagegen sagen, denn weshalb sollte nicht der bloße Entschluß dessen, der das Recht übertragen, und dessen der es empfangen will, diese Uebertragung ohne Weiteres bewirken können? Mag es doch der Testator durch seinen einseitigen Willen bewirken, daß sobald nur der Erbe antritt, das Eigenthum der vermachten Sache auf den Legatar übergeht, was nur dieser rückgängig machen kann, wenn er das Legat nicht haben will. Aber freilich in Rücksicht auf praktische Folgen hat ein solches Recht, wornach das Eigenthum durch bloßen Vertrag übertragen werden sollte, große Bedenklichkeiten, die sich aus der Erfahrung leicht hernehmen lassen. Es können hier publicistische Rücksichten in Betracht kommen, und sieht man bloß auf Privatrechtliches, so können Dritte dadurch schuldlos in ihren Rechten gekränkt und gefährdet werden, und für die Eigenthümer selbst ist es im allgemeinen nicht vortheilhaft, daß man einzelne Aeußerungen, die ihnen vielleicht bedachtlos entschlüpften, leicht so auslegen kann, als hätten sie augenblicklich sich ihres Eigenthums entäußern, nicht etwa bloß sich dazu für die Zukunft, vielleicht als Vergeltung einer noch nicht erfolgten Gegenleistung, verpflichten, oder gar nur Hoffnung dazu machen wollen. Sind aber die Rechtsgelehrten und Richter besonders sparsam mit einer solchen Auslegung, so kann es auch umgekehrt geschehen, daß ein wirklich vorhandener Entschluß sine effectu bleibt, indem man doch die gangbare Form oder Umform wählte, was wie-

der im allgemeinen nicht heilsam seyn kann. Daher hat man zur Uebertragung des Eigenthums, in solidum oder nach ideellen Theilen, wenigstens Besitz-Uebertragung, Tradition der Sache erfordert, was sich schwerlich anders als aus positiven Gründen rechtfertigen läßt.

Nicht viel anders ist es mit den in Gestalt dinglicher Rechte vom Eigenthum abgetrennten Stücken, also mit den iura in re aliena. Es ist hier ein Theil des Stoffs selbst vom Eigenthum losgerissen und in der Person eines Andern zu einem eignen Recht umgebildet. So ist es namentlich bei den Servituten. Der Entschluß dazu darf auch nicht leichtsinnig vorausgesetzt werden, um so weniger, da dieß meistens auf immer oder doch auf eine geraume Zeit geschieht. Wenn ich Jemanden eine Servitut bestelle, so lasse ich mich gewöhnlich dafür bezahlen, da kann es nun wohl seyn, daß ich dem Andern das dingliche Recht gleich constituiren und dann die Bezahlung abwarten will, aber das klügste ist doch immer, die Bestellung erst gegen das Geld, oder was sonst die Gegenleistung seyn mag, auszutauschen; ist jene schon geschehen vor der Bezahlung, so habe ich nur eine vielleicht ganz unsichre Forderung, ist sie noch nicht geschehen, so bin ich nur verpflichtet gegen Prästation von der andern Seite, und mein Eigenthum ist mir vorerst noch unverkürzt. Demnach ist es hier aus gleichem Grunde bedenklich, die endliche Veräußerung von bloßen Verträgen und ihrer Auslegung abhängig zu machen. Aber es tritt hier noch eine eigenthümliche Rücksicht ein. Indem ich einem andern gewisse einzelne Befugnisse gegen meine Sache, positive oder negative, die sich sonst mit meinem Eigenthum nicht vertragen würden, freiwillig einräumen will: er soll die Früchte meines Grundstücks für sich ernten können, er soll da gehen, reiten, fahren, Wasser hinüber leiten, Vieh zur Tränke führen können, er soll da Ton und Gips graben können, er soll einen Balken, worauf sein Dach ruht, in meiner Mauer haben

dürfen, eine Wassertraufe über meinem Hofe, er soll mich verhindern können, mein Haus, meine Mauer höher zu bauen, damit er nicht an Licht und Aussicht verliere, so kann es ja gar wohl seyn, daß es gar nicht meine Absicht ist, ihm diese Befugnisse dinglich zuzugestehen weder jetzt noch in Zukunft, es ist ja möglich, daß ich mich nur für meine Person oder doch nur mich und meinen Erben verpflichten will, ihm dieß zu prästiren, so daß hier das, was oft den Stoff von Servituten ausmacht, nur obligatorisch vorkommen soll. Es kann nach dem, was wir oben gesagt haben, dieß für beide Theile unvortheilhaft, unbequem, bedenklich seyn, aber wer wird es bezweifeln, daß es Fälle gibt, wo der, welcher seinem Eigenthum vergeben soll, dieß mit gutem Grunde vorziehe, wie z. B. eine gewöhnliche Zeitpacht dem Ususfructus. Ja es kann ja seyn, daß man die Servitut, d. h. den Inhalt derselben nur auf beliebigen Wiederruf (precario) zugestehen will, wozu denn eben doch auch ein Vertrag gehört [2]). Sind bloß einzelne formlose Aeußerungen vorgefallen, so kann nach Gestalt der grade einzuräumenden Befugniß und nach Beschaffenheit der Umstände bald das Eine, bald das Andre wahrscheinlicher seyn, und da tritt wieder die größte Bedenklichkeit ein, die Entscheidung lediglich von freier Auslegung einer Beliebung abhängig zu machen.

Ja endlich da Personal- und Realservituten zwar der Construction des Rechts nach absolut verschieden sind, und niemals in einander übergehn können, so treffen sie doch zuweilen auf einen ganz ähnlichen Stoff [3]) und so kann es wie-

---

2) Vergl. *Sicul. Flaccus* de condit. agror. (Goes. p. 9.) L. 2. §. 3. L. 3. L. 15. §. 2. D. de precario.

3) Der alte Streit, ob eine Personal-Servitut zu einer Real-Servitut gemacht werden könne, und umgekehrt, würde sich, deucht mir, leicht beendigen lassen, wenn man nur scharf ins Auge fassen wollte, wovon hier die Rede sey. Es kann gar nicht bezweifelt werden, daß wenn man auf das nächste

der in concreto zweifelhaft seyn, ob man Dieß oder Jenes gewollt habe.

Factische sieht, was durch die Servitut gewonnen werden kann, daß man darüber gehen, fahren, Vieh treiben, Wasser nehmen, Heu und Korn mähen, sein Vieh weiden lassen, zur Tränke führen kann, sich fast jeder servitutische Stoff, wenn man von servitutes urbanae aus factischen Gründen hinwegsieht, so gut zu einer Personal- als zu einer Real-Servitut umbilden lassen kann, es muß nur freilich der Stoff nicht von der Art seyn, daß der Ususfructus oder Usus die Substanz der Sache ganz verzehrt, da kann auch nicht einmal immer das Senatusconsult, welches den Quasi-Ususfructus einführte, aushelfen L. 4. 5. 6. D. de S. P. R. L. 6. D. de servit. leg. L. 32. pr D. de usufr. — L. 1. D. de usu et usufr. p. l. d. spricht hiervon gar nicht, denn wenn man gleich einen ususfructus oder usus an einem Wege als locus in fundo haben kann (man kann ja eine solche Servitut nach Willkür beschränken wie man will, auch auf den Nutzen der im bloßen Gehen und Fahren da besteht, so daß man ihn vermiethen kann oder auch nicht); so kann man doch an einem *ius* viae, actus, aquaeductus keinen ususfructus bestellen, da dieß servitus servitutis seyn würde: nur von dem letzteren spricht L. 1. cit. — Ganz anders aber ist es, wenn man nach den rechtlichen Wirkungen, der juristischen Materie, dem Rechtsstoff fragt: dieser ist niemals derselbe bey Personal- und bey Realservitut da die Bedingungen und Beschränkungen bei beiden durchaus verschieden sind, so daß sie in ganz getrennten Sphären liegen. Der Irrthum, daß zwar nicht eine Personalservitut zu einer Realservitut, wohl aber umgekehrt diese zu jener gemacht werden könne, kann fast nur daher rühren, daß man sich dachte, bey Aehnlichkeit des (factischen) Stoffs involvire die Real-Servitut die Personal-Servitut, da diese ja in der Zeit beschränkt sey, jene nicht. Dabey ist denn übersehen, daß der Usufructuar so viel gebrauchen kann als ihm nützlich ist, und den Nutzen auch zu Gelde machen, wogegen der durch Real-Servitut Berechtigte streng auf das Bedürfniß eines fundi eingeschränkt ist. Am deutlichsten findet sich diese Vergleichung in L. 6. pr. D. de S. P. R. cit.

Läßt man nun Servituten durch bloße conventio entstehen, so wird Alles dieß, obschon eine gegenwärtige Bestellung oder Verpflichtung zu einer künftigen, ob überhaupt nur Obligatio mit servitut-artigem Inhalt, ob vielleicht gar nur Precarium, ob Personal- ob Real-Servitut in der Absicht lag, einem zu freien arbitrium der Richter und Interpreten überliefert.

Was ist es denn nun aber, was hier, wenn wir erst einmal von solennen Formen absehn, die traditio rei vertreten kann; denn wenn auch bei Personalservituten die Sache im natürlichen Sinn in den Besitz des andern übergeben wird, so ist das doch im juristischen Sinn keine Besitzübertragung und somit keine traditio, und bei Realservituten findet das überhaupt nicht Statt? Noch nach ganz natürlicher Ansicht, kann dieß Surrogat darin bestehen, daß man den Andern gleich in Ausübung seines Rechts setzt. Thut man das, so kann so viel nicht bezweifelt werden, daß man gleich auf der Stelle die Befugniß habe zugestehen wollen, es mögte denn seyn, daß es vorläufig precario geschah, was doch immer der seltnere Fall seyn wird; ob freilich dieselbe dinglich oder persönlich, und wenn jenes, ob Personal- oder Realservitut seyn sollte, das bleibt damit noch unentschieden. Und eben dieser Unentschiedenheit wegen sind denn auch andre Formen wünschenswerth, wodurch das außer Zweifel gesetzt werden kann.

Vergleichen wir nun erst einmal mit diesen Betrachtungen das römische Recht in allgemeiner Uebersicht. Die servitutes darin sind, wie jeder zugeben wird, dingliche Rechte, es ist also darnach möglich, sein Eigenthum dinglich zu beschränken und an Andre stückweise zu übertragen, diese Möglichkeit hat gewisse wohlthätige Grenzen, die das positive Recht gesetzt hat, aber in diesen giebt es eine unendliche Mannigfaltigkeit von Fällen, zu den jura praediorum können noch immer neue Fälle hinzukommen, sobald sie nur zu den allge-

meinen Criterien passen, wodurch diese überhaupt ausgeprägt sind. Ohne Zweifel giebt es aber auch im röm. Recht obligationes die servitutartigen Stoff haben, ja es kommt keine einzige nahmhafte Servitut darin vor, deren Inhalt man nicht zu einer Obligatio gestalten könnte. So kann man sich eine habitatio bloß obligatorisch ausdingen, ohne daß ein ius habitationis bestellt wird[4]). Merkwürdig in dieser Hinsicht ist besonders L. 14. §. 3. D. de aliment. et cibar. legat. In einer Gegend wo das Wasser käuflich war, hatte jemand seinen Freigelassenen Alimente und Wasser (aqua) vermacht. Haustus aquae ist Realservitut, und erfordert als solche ein paar benachbarte Grundstücke, von welchen dem einen dieß Recht an dem andern bestellt ist, die jedesmaligen Eigenthümer sind dann gleichsam nur als Repräsentanten der Grundstücke berechtigt und verpflichtet. Der Stoff, wenn man nicht auf die Rechtswirkungen und den Umfang der Befugnisse, sondern bloß darauf sieht, daß man Wasser schöpfen, Wasser verlangen darf, kann auch in einer Personal-Servitut als usus oder ususfructus aquae vorkommen, nicht etwa so, daß man an einem Ius aquae hauriendae, aquae ducendae einen usus oder ususfructus bestellt, sondern es muß einem an dem bestimmten Wasser auf dem bestimmten Grundstück das Recht, für seine Person da Wasser zu nehmen, dinglich gegeben seyn, da denn das Recht bey dem Tode oder einer capitis deminutio der Person wegfallen müßte[5]). In dem Fall der L. 14. war aber gar kein Grundstück und kein bestimmtes Wasser, keine Quelle, kein Brunnen, keine Cisterne u. s. w. bezeichnet, und so blieb nichts Andres übrig, um das Fideicommiß aufrecht zu erhalten, als das rein obligatorisch zu nehmen, der Erbe solle jedem libertus so viel prästiren, als er sich sonst Wasser hätte selbst anschaffen müssen für seine Bedürfnisse. So erklärt sich das ganze Raisonnement des

4) L. 13. §. 30. L. 21. §. 6. D. de act. emt.

5) Vergl. L. 20. §. ult D. de S. P. R. mit L. 37. eod. und L. 1. D. de usu et usufruct. p. legat dat. Vergl. not. 3. z. d. M.

Juristen (Paulus) leicht: nec videri in utile esse fideicommissum, sagt er, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus, personae tamen eius qui vicinus non est non inutiliter relinquitur. Die Codices haben freilich das non vor inutiliter nicht, aber der Zusammenhang erfordert dieß offenbar, oder daß man utiliter liest. Daß das Komma vor personae gestellt werde, und die leichte Correktur eius für ei rechtfertigt sich dann von selbst, aber auch noch durch die Schlußworte: haec enim aqua personae relinquitur [6]).

Hier war auch noch gar keine Schwierigkeit, sobald man die ultima voluntas nur natürlich interpretirte. Aber wie war es, wenn man das Recht auf einem bestimmten fremden Grundstück etwas vorzunehmen, oder dem Herrn desselben etwas zu untersagen, was sonst gemeinhin in eine Real-Servitut gefaßt ward, dießmal bloß in eine Stipulation faßte, und zwar so, daß das Versprechen nicht buchstäblich auf künftige Bestellung einer solchen Servitut, sondern geradezu auf eine persönliche Leistung ging? Die mehrsten Beispiele, die davon vorkommen, sind von einer Wegegerechtigkeit hergenommen, und zwar in der Formel: per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat: Es konnte hier allerdings die Absicht seyn, sich bloß für seine Person die Befugniß zu verschaffen, und auch bloß den Andern, höchstens noch seinen Erben binden zu wollen, als stände da neque per te, neque per heredem tuum fieri etc. Aber es konnte doch auch die Absicht darauf gerichtet seyn, daß uns und unsern Nachfolgern

6) Vergl. L. 39. §. 4. D. de legat. I. — Vinnius ad §. 2. Inst. de servitut. sah die Nothwendigkeit der Correctur vollkommen ein, scheint aber, wie auch Andre, das personae relinquitur von einer Personal-Servitut zu verstehen, was sich nur mit dem Inhalt des Legats nicht vertrug. Est servitus — tamen etc. heißt, es ist gewöhnlich eine Real-Servitut, es kann aber doch rc.

in dem Grundstück die Befugniß für immer zustehen solle. Was war nun im Zweifel anzunehmen, und wenn nun die letzte Absicht wirklich vorhanden war, konnte sie durch jene Stipulations-Formel ganz oder in wie weit und in welcher Art konnte sie dadurch erreicht werden? Die bisherigen Dispüte über die Möglichkeit, Servituten aller Art durch Verträge und Stipulationen hervorzubringen, so wie sie geführt worden, haben eine genaue Untersuchung dieser Fragen unentbehrlich gemacht, und man darf sich wundern, daß noch niemand sie recht eigentlich zu seinem Geschäft gemacht hat: ich denke, sie muß präliminär seyn.

Eine reine völlig befriedigende Auskunft läßt sich nun wohl aus den vorhandenen Quellen hierüber nicht geben, denn so viel ich habe bemerken können, ist es nirgends im Detail angegeben, wie man im Zweifel dieß interpretirt habe, und wie weit man, die letzt erwähnte Absicht angenommen, die geführt habe; allein bis zu einer gewissen Deutlichkeit läßt sich hier doch gelangen, so daß man wenigstens erfährt, worauf es immer ankommt.

Wenn man die Stipulation passiv auf den Singular-Successor mit richten wollte, so stand entgegen, daß niemand ein factum alienum promittiren kann [7]. Aber man konnte eine poena versprechen, auf den Fall, daß der Andre etwas that oder hinderte, wie es nicht seyn sollte, und gewiß ist eine solche stipulatio poenae häufig subjicirt worden, wo man es dann in seiner Gewalt hatte, jemanden zu einem pflichtmäßigen Benehmen anzuhalten [8]. Man hätte dann hier aber eine andre Formel wählen müssen, z. B. si per te, aut heredem tuum,

7) §. 3. 21. I. de inut. stipulat. L. 38. pr. §. 1. L. 83. pr. D. de V. O.

8) Vergl. §. 21. I. cit. und L. 38. D. cit. §. 2. mit L. 137. §. 7. eod.

aut per eum, qui tibi heredive tuo in rem succedet, factum erit quo minus mihi ire agere liceat, centum dare spondes? Dieß würde denn nun gerade darauf hingezielt haben, daß diese Person niemals durch keine Veräußerung des dienenden fundus aus dem nexus sollte heraustreten können, was denn die zu Anfange erwähnten Unbequemlichkeiten würde gehabt haben: dieß findet sich daher auch so nirgends, obgleich es wohl theoretisch keinen Zweifel haben konnte, daß man sich so verpflichten, ja noch den Usucapienten und überhaupt jeden künftigen Besitzer in die eigne Verpflichtung hineinziehen konnte. Gewiß aber, man mogte dieß fassen so weit oder so eng, wie man wollte, konnte dies niemals die personelle Natur der Stipulatio verändern, und dem Recht eine dingliche Natur geben, so daß es nun auch gegen den Singular-Successor und gegen jeden Besitzer hätte geltend gemacht werden können. Wie hätte dieß durch Hinzufügung einer Stipulatio poenae bewirkt werden können? wie überhaupt durch Häufung von Obligationes? —

Sodann konnte man sich aber auch durch eine Stipulatio incerti verbinden, man wolle das ausrichten (se effecturum), daß der Andere das gebe, thue, und um so eher — da es auf einen Servitutstoff hier ankommt — daß der Andere etwas nicht thue, etwas nicht hindre, und auf den Fall, daß dieß sich anders zutragen sollte, das Interesse versprechen [9] für unsern Fall etwa in der Formel: si factum fuerit quo minus mihi ire agere liceat, quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes? Indem dieß aber in dieselben Schlingen führt, findet es sich, so viel ich habe bemerken können, in diesem Umfange nicht, wenn es sich gleich für die allgemeine sponsio: dolum abesse abfuturumque esse allerdings findet [10].

---

9) §. 3. J. cit. in f. L. 38. D. cit. §. 2. §. 13.

10) L. 38. §. 13. cit.

Aber liegt denn dieß alles nicht schon in dem *per te* non fieri, quo minus etc. Es wäre auffallend, wenn man im Zweifel dieß noch weiter genommen hätte, als die Formel: per te heredemue, tuum, die sich doch wohl gewiß nur auf das Verhalten eines der Erben selbst beschränkte [11]. Freilich wollte man das effecturum in das non fieri hineinziehn, so müßte man es auch für den Erben mit gelten lassen. Dafür könnte man anführen

> L. 50 pr. D. de V. O. In illa stipulatione, »per te non fieri?« non hoc significatur, nihil te facturum, quo minus facere possis, *sed curaturum, ut facere possis.*

Du sollst also dafür sorgen, daß die Handlung in deiner Gewalt bleibe, ob sie geschehen solle oder nicht. Noch deutlicher scheint dafür zu sprechen

> L. 83. pr. eod. . . . . qui spondet »dolum malum abesse abfuturumque esse« *non simplex abnutivum* spondet, sed *curaturum se*, ut dolus malus absit. Idemque in illis stipulationibus, »habere licere« item, »*neque per te, neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat.*«

Nun kann man sagen, er kann es ja ausrichten, daß der Käufer des Grundstücks der obligatorischen Servitut, wenn ich mich so ausdrücken darf, folgen muß, indem er sich das von ihm versprechen läßt, und der mag sich denn, wenn er veräußern will, weiter vorsehn gegen seinen Käufer; so daß dem Effect nach die Servitut immer aufrecht erhalten werde. Aber wie hätte man eine an sich so unwahrscheinliche Absicht der Stipulation unterlegen können? Wer wird sich so verpflichten wollen? wer wird leicht einen Käufer finden, der sich wieder so verpflichtet? daß dieß nicht die Meinung war, sieht man auch klar aus der Gleichstellung in L. 83

---

11) L. 85. §. 3. D. d. V. O.

mit den andern Formeln. Von dem habere licere wird es ausdrücklich in L. 38. pr. cit. gesagt, daß es auf den extraneus nicht mitgehn dürfe, in §. 2. heißt es, wolle man das, so müsse man ausschließlich eine poena oder das Interesse versprechen für den Fall, daß jener anders handle; und für die Formel: dolum abfuturum esse, von der zunächst eben jenes: non simplex abnutivum, und jenes: curaturum se, behauptet wurde, wird in L. 38. cit. §. 13. noch deutlicher gesagt, sie gehe nur auf den Erben, und dann fortgefahren:

> si vero de plurium dolo cavere velit, *necessarium* esse adiici, »cui rei dolus malus non abest, non abfuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes?«

Also das Haften für das Interesse soll nicht bloß im Zweifel in jene Formel nicht hineingelegt werden, sondern niemals, wenn man sich nicht ausdrücklich dafür verpflichtet hat.

Man sieht also, das »curaturum se« muß auf etwas Andres gehn, und dieß Andre läßt sich leicht finden; z. B. schon aus L. 49. §. 2. eod. läßt es sich hernehmen:

> In hac stipulatione, „neque per te, neque per heredem tuum fieri," per heredem videtur fieri, quamvis absit, et ignoret, et ideo non facit, quod fieri ex stipulatu oportet.

Nämlich auch der Abwesende muß dafür sorgen, daß von den Seinigen und von seinen Leuten und Stellvertretern das nicht vorgenommen werde, was nicht geschehen darf. Darin besteht also überhaupt seine Pflicht bey servitut-ähnlicher obligatio, daß so lange er den *fundus* in seiner Gewalt hat, niemand etwas gegen die Servitut vornehme. Es verhält sich ungefähr eben so umgekehrt, nämlich auf der Seite des Berechtigten. Er kann gewiß sein obligatorisches Recht nicht zum Vortheil eines successor singularis

geltend machen, so fern er nicht noch ein augenblickliches Interesse hat, was freilich auch darin liegen kann, daß er es ihm versprochen hat; aber wer suo nomine die servitut-artige Befugniß ausübt, den darf der Andre niemals hindern, oder committetur stipulatio [12].

Hierbey könnte man sich beruhigen, wenn nicht doch zuweilen die Absicht so deutlich seyn müßte, eine solche Stipulation weiter auszudehnen, ja dieselbe grade mit servitutischem Inhalt in Verbindungen in den Gesetzen vorkäme, wo ein praktisches Bedürfniß auf eine solche Ausdehnung nothwendig zu führen scheint. Die Stellen welche wir hier zunächst im Auge haben, sind diese:

> *L. ult. D. de servitutibus, Iavolenus lib.* 5. *ex posteriorib. Labeonis.*
>
> Quotiens via aut aliquod ius fundi emeretur, *cavendum* putat esse Labeo, *per te non fieri, quo minus eo iure uti possit* [13], quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.
>
> *L.* 3. §. 2. *D. de act. emt. et vend. Pomponius lib.* 9. *ad Sabinum.*
>
> Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque *cavere debes, per te non fieri, quo minus utar.*

Aus beiden Stellen erhellt, daß römische Juristen, vielleicht ursprünglich alle, der Meinung waren, daß wenn man eine Servitut gekauft hätte, man gar nicht gradezu auf die

---

12) L. 111. D. de V. O. .... si stipulatus fuero, per te non fieri, quominus mihi via, itinere, actu uti liceat, etsi non me sed alium *nomine meo* ingredientem, prohibeas, sciendum erit committi stipulationem.

13) Hal. et. al. „possim" was den Sinn nicht verändert.

Hervorbringung des dinglichen Rechts klagen könnte. Darüber waren wohl alle, auch in der Folge, einig, daß man aus dem Kauf nicht auf förmliche Bestellung klagen konnte, wenn sich auch der Verkäufer mit dieser befreien konnte, sobald er wollte. Auch beim Verkauf einer körperlichen Sache, das heißt im Grunde doch wohl des Eigenthums derselben [14]), konnte der Käufer bekanntlich doch zunächst auf nichts mehr klagen, als auf Tradition, nur *vacua* traditio, derselben [15]), und sodann auf praestare, ut habere liceat emtori, d. h. für die Eviction herzukommen. Mancipatio oder in iure cessio konnte man nicht verlangen, wenn es gleich in der Wahl des Verkäufers stand, mit dieser seine Verbindlichkeit zu lösen [16]). Zeigte sich denn auch nachher noch so deutlich daß gar kein Eigenthum übertragen worden sey, weil der Autor keins gehabt hatte, so muste man doch, wenn dieser nicht erweislich in dolo gewesen war, die Eviction erst abwarten: ein Recht das aus singulären Gründen entstanden, bey so kurzer Usucapionszeit, wie im alten Recht, und bey hinreichender bona fides ab initio, wenig Unbequemlichkeiten haben mogte [17]).

---

14) L. 80. §. ult. D. de. C. E. L. 11. §. 2. D. de act. E. V. L. 13. §. 15. L. 35. §. 4. eod.

15) L. 1. pr. L. 3. pr. §. 1. L. 30. §. 1. D. de A. E. V. L. 11. §. 8. eod. conf. L. 28. D. de C. E. L. ult. D. de condict sine causa.

16) Paul R. S. I. 13. a. §. 4.

17) In den Fragm. Vatican. unter §. 12 wird dieß Recht vorausgesetzt, indem die Milderung hinzugefügt wird, wenn der Käufer noch nicht das pretium bezahlt habe, und ihm nun gerichtlich das Eigenthum streitig gemacht werde, er vor entschiedener Sache nicht solle genöthigt werden können, das Geld zu bezahlen, selbst wenn der Verkäufer auch bereit sey, noch so gute Sicherheit auf den drohenden Fall der Eviction zu stellen. Dieß soll deswegen nicht thunlich seyn, weil von da an zwar die Usucapion noch immer ihren Gang fortgehe, aber ohne Erfolg,

Nun konnte aber, meinten noch zur Zeit des **Pomponius** mehrere Juristen, bey einer Servitut von einer traditio vacuae possessionis nicht die Rede seyn, ja man konnte sagen, traditio sey hier überall nicht möglich, „incorporales enim res traditionem non recipere, manifestum est[18]." Daraus schlossen sie denn, es könne der Käufer hier bloß darauf dringen, daß der Verkäufer promittire, wie in den obigen Texten enthalten ist, also in ähnlicher Art, wie der Verkäufer bey erheblichen Sachen genöthigt werden konnte, wegen der Eviction Caution, d. h. promissio duplae zu leisten[19]. Andre dagegen, (ob ohne darum die Caution auszuschließen?) nahmen an, die Tradition werde hier durch die (concedirte) **Ausübung** des Rechts vertreten, dadurch entständen Interdicte, dadurch dinglicher Schutz des Rechts. Auf diese letzte Meinung werden wir noch zurückkommen; wir wollen jetzt einmal davon hinwegsehen, und fragen, wie dachten sich jene Juristen, zu denen die Stifter der Schulen, *Labeo* **gewiß**, aber auch, so viel man nach der Ueberschrift der L. 3. urtheilen kann, Capito oder doch sein Schüler, von dem sich nachher die Schule nannte, Sabinus gehörten —, wie dachten sie sich jene cautio: per te non fieri etc? Hier war ein entschiedenes praktisches Bedürfniß, sie so weit auszudehnen, und ihr so viel Kraft beizulegen als möglich, denn sie sollte doch die Bestellung des dinglichen Rechts ersetzen, vermöge der ursprüng-

---

wenn der dritte, der Vindicant, sein Eigenthum beweise, und da würde denn jenes höchst unbillig seyn in einem Augenblick, wo dem Käufer schon augenblickliche Gefahr drohe, um den eigentlichen Zweck des Kaufs, Eigenthum zu erhalten, gebracht zu werden: cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat: — Zurückfordern kann er freilich nicht. Paul. R. S. II. 17. §. 1.

18) Gai. Inst. II. 28. L. 43. §. 1. D. de. A. R. D.

19) L. 37. D. de evict.

lichen Absicht, daß der Käufer wirklich ein solches Recht haben sollte. Immer war aber doch nur Obligatio, und zwar ex stipulatu, denn eine actio in rem aus dieser, oder so eine Art ambulirende stipulatio (von einem Besitzer auf den andern) anzunehmen, lag gewiß nicht im Sinne römischer Juristen [20]). Sollte man hier nicht versucht seyn anzunehmen man habe dasmal den Verkäufer auch für seinen Singularsuccessor haften lassen, wenn er auch nicht ausdrücklich auf diesen Fall das Interesse versprochen hatte, da dieß so sehr im Zusammenhang des Geschäfts lag, zumal da die actio emti gewiß hierauf angestellt werden konnte, denn es war ja wie partielle Eviction. Wenn auch das non fieri, quo minus habere liceat, nach dem Obigen, in der Stipulation bloß auf den Erben bezogen wurde, so wurde es doch im iudicium emti auf alle, auch die non a se venientes personas bezogen [21]), und curare, ne fiat, konnte er ja auch durch Verpflichtung des Käufers, nach dem was schon oben gesagt worden. War ihm dieses aber zu unbequem, oder zu mislich, so hatte er ja noch ein andres Mittel, dessen Ergreifung hier so natürlich war, er konnte ja nur, ehe er veräußerte, vor den Prätor gehn, um das verkaufte Recht durch die in iure cessio wirklich, wie es sich gehörte, zu übertragen. Dieß machte noch eine andere Auslegung dieser Stipulation möglich, nämlich so, daß wenn er ohne dieß veräußerte, er schon angehalten werden könnte, das Interesse zu prästiren, es mögte denn seyn, daß er sich eine Forderung gegen den Käufer des praedii gesichert hätte. Im allgemeinen konnte man freilich nach dem Princip der obligatio verbalis [22]) nicht geneigt seyn, dieß gegen den Buchstaben, — denn der ging doch am wenigsten auf Be-

---

20) Vergl. nur die oben aus dem Titel de V. O. angeführten Stellen mit L. 25. §. 2. D. de usufr.

21) L. 11. §. 18. D. de act. emt. et vend.

22) L. 126. §. 1 in f. D. de V. O. vergl. L. 66. §. ult. D. de furtis.

stellung eines dinglichen Rechts — in die Stipulation hineinzutragen; aber hier ließ sich aus dem Zusammenhang des Geschäfts etwas dafür sagen, zumal seitdem die kürzere Usucapion bey den Servituten ganz wieder abgeschafft war[23]), und man auch nach geschöpftem Verdacht noch lange warten konnte, bis sich jene Quasi-Eviction hervorthat, ohne sie durch den Quasi-Besitz unschädlich machen zu können[24])

Sehr merkwürdig ist, daß die eben besprochene Stipulationsformel, sich einmal in einem römischen Testament vor-

---

23) L. 4. §. 29. D. de usurp.

24) Viel kühner als diese bloße Vermuthung ist Zimmern's (S. 329) Auslegung der L. 20. und der L. 3. §. 2. citt. Historisch stellt er die Sache ganz um: Quasi-Tradition sey das Ursprüngliche gewesen, Labeo und Pomponius hätten aber gemeint, Vertrag, z. B. venditio, und promissorische Caution; »er wolle der Benutzung nicht im Wege stehn,« könnten die Quasi-Tradition entbehrlich machen und mit einander die Servitut selbst erzeugen. Wie stimmt das aber zu dem Text und zu den Inscriptionen? Sehen wir aber auf die Sache, so konnte wohl bey den Römern die Wiederholung eines simplen Versprechens, (constitutum) also Verdoppelung eines obligatorischen Vertrages eine Klage hervorbringen, wo zu Anfang keine war; aber wie Verdoppelung eines Versprechens unmittelbar und direct ein dingliches Recht erzeugen könnte, sey das letzte Versprechen auch in eine Stipulatio gefaßt (konnte man dieß, denn auch durch zwiefache Stipulation?), das begreife ich nicht und wenn dieß auch die Stifter der Schulen, und die ersten Männer früherer Zeit wirklich sollten gebilligt haben, so hätten denn freilich die spätern juristischen Klassiker, nichts besseres zu thun gehabt, als diese seltsamen Anomalien aus ihrem Recht wieder zu verbannen. Dieß wäre kein Verbinden der beiden Gebiete, der dinglichen und persönlichen Rechte, gewesen, sondern ein eigentliches Ineinanderranken, wobey eine trostlose Verwirrung, wenn das um sich gegriffen hätte, unmöglich lange hätte ausbleiben können. — Von der Entschuldigung, die diese Auslegung in der Glosse findet, unten.

geschrieben fand, und zwar um so ein ius praedii hervorzubringen:

L. 19. pr. D. de usufructu. Pomponius lib. 5. ad Sabinum.

Proculus putat, insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quae alteri insulae hereditariae debeatur, hoc modo: »si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum ei eorum aedificiorum usumfructum do lego«, vel sic: aedium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, aedificatae non erunt, illi usumfructum do lego.

Von Huber [25]) wird, wie ich glaube, richtig angenommen, daß der Ausdruck usufructus in beiden Legaten für proprietas genommen wurde; denn, so wie dominium zuweilen in einem vulgären Sinn für etwas dem Eigenthum faktisch oder juristisch ähnliches vorkommt [26]), so konnte auch wie-

25) Praelect. iur. civil. Tit. de usufructu. §. 9. — Wegen Noodt's (de usufr. lib. 2. c. 1. init.) viel zu künstlicher Erklärung s. nur L. 4. D. si ususfr. petet. Die Glosse enthält schon beide Erklärungen in nuce.

26) z. B. L. 48. D. de hered. instit. (»Titius hereditatis meae dominus esto.«) cf. L. 70. §. 1. D. de V. S. L. 2. C. ubi in rem actio. L. 2. 4. C. de fund. patrim. Vulgär ist auch dominium oder dominus proprietatis, was öfterer vorkommt z. B. in L. 28. §. 1. D. de usuris, denn es soll nichts heißen, als der dem die Proprietät zusteht, wie das bekannte dominus negotiorum gestorum der, dem die Geschäfte angehören, sonst würde jenes ein unerträglicher Pleonasmus seyn. Man erlaube mir zu bemerken, daß es ganz irrig ist, wenn einige Neuere (auch Schmidtlein im Anfange seiner Dissertation) sich aus den vulgären Bedeutungen des Worts eine engere technische, nämlich dingliches Recht, zusammengesetzt haben. Die vulgäre Bedeutung läßt sich zurückführen auf irgend ein Herrschaftsverhältniß zu einer Sache oder zu einem ganzen Nachlaß u. w. d. ä. Diese Bedeutung würde so leicht nicht dahin ge-

derum usnsfructus im Sprachgebrauch des gemeinen Lebens für dominium vorkommen, diese Herrschaft über die Sache zu völligem Gebrauch und Nutzen auf Lebenszeit für vererbliche Herrschaft auf immer [27]. Daß die letztere in den vorgelegten Fällen gemeint war, konnte man in beiden daran erkennen, daß der bloße Usufructuar ohnehin nicht ohne Einwilligung des Proprietars höher bauen darf [28], in dem letzten Legat noch besonders daran, daß der Legatar den ususfructus darnach so lange haben sollte, als er nur nicht höher baute, wobey man nicht ohne einigen Zwang subintelligiren konnte: versteht sich nur auf Lebenszeit und so lange er nicht capite deminuirt ist oder die gesetzliche Zeit nicht gebraucht hat. Dieß nun aber angenommen, so war man bey dem ersten Legat mit der vorgeschriebenen Stipulationsformel in Verlegenheit. Diese ging ihren Worten nach bloß auf eine Verpflichtung des Legatars und seines Erben, nicht höher zu bauen, dafür musten sie allerdings herkommen, daß während sie Eigenthümer blieben, ihre Stellvertreter, z. B. ein Miether, nicht höher bauten. Aber wie wenn sie veräußerten? Die verba gingen nicht darauf, und mit einer actio personalis ex testamento war hier nicht zu helfen,

---

führt haben, einen Realservitut-Berechtigten dominus zu nennen, obgleich wohl einen Usufructuar; L. 3. D. si servitus petetur aber, die man immer hier angeführt findet, kann für diese Bedeutung gar nicht gebraucht werden, denn da findet sich eine von einer rein technischen abgeleitete: dominium ususfructus civiler ususfructus, wie dominium civiles Eigenthum. So konnte man auch immer von einem dominium aquaeductus sprechen, wenn es sich auch nicht findet.

27) Es ist dieß mit der vulgären Bedeutung von Dominium so verwandt, daß daran gar nicht gezweifelt werden kann, s. aber auch nur L. 8. pr. D. de. reb. auct. iud. poss.

28) L. 7. §. 1. L. 41. D. de usufr.

denn diese geht nur gegen den Erben, der Berechtigte soll hier aber gerade der Erbe oder sein Singularsuccessor, ein anderer Legatar oder ein Käufer u. s. w. seyn. Hier mußte nun entweder

1) die Obligatio verbalis gegen die regelmäßige Auslegung der Verba, wie oben vorgekommen ist, ausgedehnt werden, oder

2) es muste auf die endliche Absicht des Testators, die so klar vorlag, gesehen, und angenommen werden, daß ungeachtet die nächste Auflage zu eng gefaßt war, geradezu eine Servitus altius non tollendi dinglich dem Praedium aufgelegt, war.

Das Letzte war denn die Meinung des Proculus, denn wenn es sich auch denken ließe, daß einmal ein römischer Jurist servitutem imponere in einem uneigentlichen Sinne (für eine obligatio, die dem Effect nach, so weit es seyn kann, so gut ist wie eine Servitut) gebraucht haben könnte, so findet sich das doch sonst nicht, und wo es sich fände [29], da würde es gewiß in einem Zusammenhange vorkommen, der über den wahren Sinn keinen Zweifel ließe, hier aber in diesen kurzen Entscheidungsworten über in sich selbst mehrdeutige Legate würde ein uneigentlicher Gebrauch der Worte alles zweifelhaft lassen.

---

29) Die Worte des Labeo in L. 6. §. 2. in f. D. si servit. vind. »hanc *servitutem* non *hominem debere* sed rem, könnte man versucht seyn so zu deuten, und da wäre denn der Zusammenhang klar genug, aber das ist doch nicht ganz so, sondern es ist ein besonders kurzer Ausdruck für: die Pflicht, die tragende Mauer auszubessern, ist keine obligatio, die dem Eigenthümer des dienenden fundi für seine Person zusteht, sondern es ist hier eine wahre Servitut, welche dem fundus selbst obliegt. Es ist hier einmal umgekehrt etwas, was sonst eine gemeine Obligatio zu seyn pflegt, zu einer Servitut ausgeprägt. Vergl. §. 3. ibid.

Nahm man nun aber diese Auslegung an, die wenigstens in der Compilation stillschweigends gebilligt ist, so könnte man immer, was nächste Vorschrift war, die promissio geschehen lassen, und ihr auch nur eine rein persönliche Kraft beilegen, indem man nur das Fehlende durch testamentarische Bestellung des dinglichen Rechts selbst ergänzte.

Was man hier unmittelbar bewirkte, das bewirkte man in dem Fall der L. ult. de Servitut. und der L. 3. §. 2. de act. emt. vend., wie die L. ult. (oben S. 82.) selbst ausweist, und bald näher vorkommen wird, in der Folge durch eine Quasitraditio, und so ward auch hier die obligatio verbalis überflüssig. Das Resultat von diesem allen aber ist,

> daß im römischen Recht, wenn auch darin obligationes servitut-artigen Inhalts vorkommen, doch keine Hinneigung zu diesen war oder seyn konnte, am wenigsten da wo die Parteien dem Effect nach eine wahre Servitut gewollt hatten. Die Umwege, worauf dieß geführt haben würde, vermied man, und muste man vermeiden, wo es nur irgend anging, durch Annahme des dinglichen Rechts selbst. In einer Zeit, wo man sich zu dem letzteren nicht so leicht entschloß, da muste denn auch eine Bestellung in rechter Form fast immer geschehen, wo die Contrahenten dergleichen wollten, und sicher ließ man sich dieß z. B. bey einem Kauf, besonders noch versprechen, wenn es nicht auf der Stelle geschah.

Es ist nun noch der zweite oben erwähnte Punkt nach, welcher das Bedürfniß betraf sich bei partieller wie totaler Entäußerung des Eigenthums irgend einer Form zu bedienen, welche über den Entschluß gewissere Auskunft gibt, als ein bloßer Vertrag; und wir wollen ebenfalls mit den obigen Reflexionen darüber das römische Recht im allgemeinen kurz vergleichen. Es ist eine bekannte Sache, daß die Römer ehemals ihr noch einfaches dominium unter Lebenden an den

res mancipi nur durch in iure cessio oder mancipatio, wenn nicht noch usucapio nöthig seyn sollte, übertragen ließen, also auf eine feierliche und ziemlich umständliche Weise, und daß erst, wie das in bonis hinzukam und dinglich wurde, die simple traditio an diesen Dingen Uebertragung eines Rechts bewirkte, was vorerst schon so gut wie Eigenthum war; daß aber niemals und zu keiner Zeit bey ihnen durch bloßen Vertrag an irgend einer Sache, res mancipi oder nec mancipi, Eigenthum von dem Einen auf den Andern übergehn konnte [30]. Gewiß lag der Grund nicht darin, daß man sich eingebildet hätte, ein Vertrag könne nur obligationes erzeugen, sondern darin, daß man eine so wichtige Verändrung wie die Uebertragung des Eigenthums, nicht ohne eine Handlung annehmen wollte, die den Entschluß, dieß augenblicklich zu bewirken regelmäßig oder absolut außer Zweifel setzte, bei den erheblicheren Sachen mußte in der ältern Zeit dieser Entschluß sogar recht auffallend und bildlich hervortreten.

Hieraus läßt sich schon schließen, daß die Römer es mit der partiellen oder wenn man lieber will stückweisen Veräußerung des Eigenthums durch Auflegung von Servituten, nicht viel anders werden gehalten haben. So finden wir auch mancipatio bey den iura praedorium rusticorum, in iure cessio bey allen Servituten ohne Unterschied als die ordentlichen römischen Bestellungsarten derselben, wenn nicht etwa eine bloße deductio bey totaler Uebertragung des Eigenthums geschehen sollte, was denn aber ebenfalls an die mancipatio oder die in iure cessio geknüpft ward [31]. Diese Ordnung, diese Regel, mit der über die totale Alienation absolut geltenden Norm zusammengehalten, weist schon darauf hin,

---

30) L. 20. C. de pactis: Traditionibus et usucapionibns dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Vergl. L. 77. D. de R. V.

31) Gaius II. 33. Fragm. Vat. §. 47.

daß man nicht leicht sich entschließen darf, im röm. Recht eine Hinneigung dazu, Servituten durch bloße Verträge entstehen zu lassen, anzunehmen. Es läßt sich schon gewissermaaßen a priori vermuthen, daß die Römer dieß nur da gelten ließen, wo sie ein unumgängliches practisches Bedürfniß darauf führte. Dagegen läßt sich aber auch schon zum voraus vermuthen, daß nachdem das bonitarische Eigenthum, wie schon längst zur Zeit der Klassiker, und mit diesen die traditio herrschend geworden [32], man auch geneigt seyn muste, bei den Servituten eine Quasi-Traditio für hinreichend zu halten, um eine dingliche Wirkung hervorzubringen.

Nachdem wir das praktische Bedürfniß im allgemeinen erwogen, und den Charakter des röm. Rechts damit verglichen haben, wollen wir jetzt in das Einzelne, wie es sich in diesem findet, eingehen.

Zuvörderst müssen wir uns von dem Vorurtheil ganz lossagen, daß es gegen die Natur der Sache und gegen eine höhere Ratio iuris streite, Servituten durch einen bloßen Vertrag entstehen zu lassen. Warum sollte man nicht eine Vereinbarung treffen können ohne weitere Form und ohne Quasi-Traditio, daß sofort dem Andern ein dingliches Recht an unserer Sache zustehen solle, was unser Eigenthum beschränke; weshalb sollte es undenkbar seyn, daß dieser Vereinbarung sofort alle die Wirkungen, die sie beabsichtigt, beygelegt würden? Ob dieß geschehen könne, hängt freilich vom positiven Recht ab, denn alles ius in re aliena ist Product desselben. Im römischen Recht ist aber zuvörderst keine re-

---

32) Nämlich in so fern, als dadurch das Quiritar. Eigenthum, was freilich in Kurzem durch usucapio hinzukommen mußte, entbehrlich, und das nude ius Quiritium unnütz ward.

gula iuris zu finden, die dem entgegen wäre. Uebertragung des Eigenthums in seiner Totalität durch bloßen Vertrag ist freilich darin ausgeschlossen, aber davon gilt durchaus kein Schluß auf Absonderung andrer dinglicher Rechte vom Eigenthum. L. 3. pr. D. de O. et. A. gehört gar nicht hieher, wie auch Zimmern a. a. O. S. 312 anerkennt, denn sie sagt nur, wo obligatio sey, da sey damit kein dingliches Recht: diese Stelle kann daher nur davor warnen, einen Contract der offenbar auf eine obligatio gerichtet ist, für eine solchen zu halten, der eine Servitut constituire, oder zu glauben, daß durch Häufung solcher (obligatorischer) Contracte eine Servitut hervorgebracht werden könne, ein Misgrif, vor dem diesen Gelehrten seine eigne Einsicht hätte bewahren sollen. Wäre das Entstehen der Servitut durch Vertrag so unnatürlich, wie Vinnius [33]) meint, so könnte es auch nach röm. Recht kein andres dingliches Recht geben, was durch nuda conventio entstände. Zimmern muste also, um den harten Ausspruch des Vinnius, den er S. 311 abdrucken ließ, zu rechtfertigen, dieses empirische Argument aus dem Wege räumen, und also zu zeigen suchen, daß weder die Emphyteuse, noch die Superficies, noch die Hypothek hiefür ein Beyspiel sey. Mit den beiden ersteren hat er es sich wohl zu leicht gemacht, denn er meint, darauf komme man nur durch einen Schluß von der Hypothek; ich bin der Meinung, daß es sich bei ihnen ganz unabhängig zeigen läßt; aber ich werde diesen Beweis nicht führen, da er hier nicht nöthig ist. Die Hypothek kann uns genügen. Daß diese durch bloßen Vertrag entstehe, leugnet Zimmern nicht, aber er sucht darzuthun, daß die Hypothek

---

33) Comm. ad. I. II. 3. §. 4. No. 2. — »quo quidem ego nihil unquam audivi, quod a ratione et auctoritate iuris magis abhorreat.

gar kein dingliches Recht im strengen Sinn, kein dem Eigenthum gegenüber stehendes Recht sey. Man darf dieß wohl den eigentlichen Kern dieser Abhandlung nennen, daher es denn auch in der Widerlegung von Michelsen die Hauptsache ausmacht. Zimmern hat allen Scharfsinn aufgeboten, um seine Meinung in das beste Licht zu stellen, dabey ist manches Interessante zur Sprache gekommen; aber wer auch nicht schon vorher vom Gegentheil fest überzeugt war, den muß die vortreffliche Deduction von Michelsen, wie ich glaube, vollkommen überzeugen. Durch diese Relation zu der Zimmern'schen Abhandlung ist aber wohl bewirkt worden, daß andre Schwierigkeiten, die hier noch übrig sind, weniger genau sind gewürdigt worden. Dieß darf man also wohl als rein abgemacht ansehn.

Nur aber, indem man von jenem falschen Postulat, ein dingliches Recht könne nie durch bloßen Vertrag entstehen, ausging, war es möglich die so klare Stelle in Gaius II. 31. zu misverstehn. Jeder Unbefangene, der den ächten Gajus zuerst las, muste gleich sehn, daß da von wahren Servituten, also dinglichen Rechten, die Rede war, und, wenn man die dort erwähnten pactiones et stipulationes nur für nichts anderes hielt, als eben für pactiones et stipulationes, daß durch diese die dinglichen Rechte sollten erzeugt werden können. Freilich wer an jenem Postulat festhält, der ist genöthigt, die Stelle zu jedem Preise anders zu erklären, als die Worte und der natürliche Zusammenhang es schlechthin erfordern.

Bey Gaius l. c. von §. 29 — 33 ist immer von Servituten die Rede, nur im §. 29. 30. und 32. von Servituten an italischen Grundstücken und beweglichen Sachen, die letzteren mogten in Italien oder in den Provinzen sich befinden; im §. 31. von Servituten an Provinzial-Grundstücken. Wir wissen es wohl, daß jene Civil-Servituten waren, die an den beweglichen Sachen wenigstens dann, wenn der Person eines

Römers oder Latinen das Recht von einem Gleichen übertragen war, und daß sie daher in iure cedirt und zum Theil mancipirt wurden, daß dagegen die Servituten an den Provinzialgrundstücken nicht iuris civilis waren, und daß daher bey ihnen jene civilen Erwerbarten nicht vorkommen konnten. Aber von Servituten und dinglichen Rechten, also von in ihrem juristischen Wesen gleichen Rechten, ist hier allenthalben die Rede. Der Name servitutes ist hier zwar nirgends gebraucht, aber viel ausdrucksvoller ist hier von iura praediorum, rusticorum et urbanorum, die Rede, es werden einzelne namhafte servitutes rusticae et urbanae in §. 31 aufgerechnet, und so recht wie juristische Individuum bezeichnet, nur mit einer clausula generalis am Ende: ceteraque similia iura, dann wird der usus fructus als die umfassendste Personalservitut, die übrigen mit repräsentirend, genannt: diese alle sollen an Provincialgrundstücken durch bloße Verträge und Stipulationen hervorgebracht [34]) werden können, wie an den italischen durch in iure cessio: wie könnte man glauben, daß Gajus hierbey bloß obligationes gemeint hätte, die in factischer Hinsicht einen den Servituten ähnlichen Stoff haben [35]), da doch sowohl die Form als der juristische Inhalt, der ja durch die rechtlichen Wirkungen gebildet wird,

---

34) Es heißt constituere iura, unfehlbar gleichbedeutend mit imponere servitutes, dem Grundstück dinglich auflegen, wie könnte das obligatorisch gemeint seyn? S. z. B. Cicero Epist. ad Quint. Fratr. I. 3. — Wie sorgfältig aber ein römischer Jurist servitus imposita von einem der Servitut dem Inhalt nach auch noch so ähnlichen Verhältniß unterschied, sieht man besonders auch noch aus L. 41. pr. D. de S. P. U. vergl. mit L. 10. eod.

35) Vergl. du Roi Archiv. f. die civil. Praxis B. VI. S. 285. und Zimmern a. a. O. S. 325. 326.

sie von den Servituten unterscheidet [36]), und wie hätte das durch iura an den praediis provincialibus bezeichnet werden können, indem doch bey solchen servitutischen Obligationen immer nicht res, sondern homo servit?

In §. 32. ist wieder von ususfructus die Rede; ist denn da, dem Wesen des Rechts nach, von einem andern ususfructus die Rede, als der in §. 31. gemeint ist? dieser uneigentliche ususfructus wäre denn von zwei Seiten (§. 30. und 32.) vom wahren ususfructus in die Mitte genommen worden, ohne daß die Eigentlichkeit oder Uneigentlichkeit nur im mindesten angedeutet wird: was kann sichrer zu dem Schluß berechtigen, als daß hier im Wesentlichen von demselben Recht die Rede ist? Welcher unbefangene Leser wird glauben, daß im §. 31. nur so von einem ususfructus im vulgärsten Sinne die Rede sey, wornach man ganz unrömisch auch dem Eigenthümer oder dem Pachter einen ususfructus zuschreiben kann?

Nur in der höchsten Noth könnte man sich zu einer solchen Interpretation entschließen, und diese Noth ist gar nicht vorhanden, sobald man nur die Hypothek für ein dingliches Recht gelten läßt, und das irrige Postulat schwinden läßt, ein dingliches Recht könne niemals durch Vertrag entstehen. Ja wenn eine solche Noth vorhanden wäre, so würde

---

36) In diesem Betracht sagt Michelsen a. a. O. 386 ob. ganz recht: »überhaupt sehe ich in der Annahme eines als Obligationsrecht existirenden ius praedii nichts, als eine offenbare contradictio in adiecto«; grade wie man im gleichen Sinne sagen kann: Die Bestellung einer Realservitut als Personalservitut und umgekehrt, ist schon im Gedanken ein Widerspruch. Man darf für beide Vergleichungen dreist sagen, diejenigen, welche sich durch solche factische Aehnlichkeit haben verleiten lassen, sind ganz aus dem Rechtsgebiet herausgewichen und haben die Grenzen, die uns nothwendig angewiesen sind, übertreten, indem sie doch wähnten noch mitten im Kreise zu stehn.

es doch noch besser seyn zu bekennen, die Stelle des Gajus lasse sich gar nicht verstehn, oder sie mache das Gewisseste nur wieder ungewiß [35]).

Allerdings aber wenn man sich auch dieser Verlegenheit gänzlich enthoben fühlt, so zeigen sich hier doch noch Schwierigkeiten, die uns wenigstens so erscheinen müssen, wenn ich aber anders recht sehe, so betreffen sie nicht die pactiones, welche hier dingliche Rechte erzeugen sollen, sondern lediglich die stipulationes, und ich gestehe, daß ich sowohl bey denen die die Servituten aus Vertrag hervorgehn lassen, als bei ihren Gegnern die gehörige Sorgfalt bey Auffindigung und Beurtheilung dieser Schwierigkeiten, oder eine vollständige Aufrichtigkeit dabey vermisse. Zwey Fragen die ich längstens in meinen Vorlesungen zur Sprache gebracht habe, drängen sich hier, dünkt mich, auf:

1. wie verträgt sich die Form der stipulatio mit der unmittelbaren Erzeugung eines dinglichen Rechts? Mich dünkt, es ist zu keck, gleich von vorne herein vorauszusetzen, wenn eine simple conventio hier ein dingliches Recht erzeugen könne, so müsse es um so mehr eine stipulatio können. Es ist freilich wahr, jede stipulatio enthält eine conventio, aber weshalb kommt sie denn niemals bey der Hypothek vor? und wie

35) Meinen denn diejenigen, welche hier servitutähnliche obligationes, annehmen, daß an fundis provincialibus gar keine wahre Servituten d. h. dingliche Rechte (iura in re) haben constituirt werden können — wie ließe sich das nur denken? — und wenn doch, konnten sie es denn etwa durch quasi traditio, aber wie mogte denn nur Gajus hiervon schweigen? Und wenn jemand etwa vermuthen mögte, solche tradirte Servituten könnten gemeint seyn, wie hat Gajus denn geschrieben, wenn er den modus constituendi in etwas andres setzte, als eben in die traditio!

wenn nun die **Form** jeglicher Stipulation entgegenstände? die Form des Vertrages kann es nicht, da dieser keine hat. Daß die stipulatio mehr wirkt als ein pactum, wissen wir nur bey obligationes, bloß in den Fällen der Consensual-Contracte war der Vertrag schon gleich ein Contract, die stipulatio ist es immer, sie ist ein Formal-Contract, und zwar einer der jedem **obligatorischen** Stoff gerecht war, was selbst der zweite Formal-Contract der Römer, der Literal-Contract nicht durchaus scheint gewesen zu seyn, obgleich sonst im Allgemeinen die Indifferenz des Stoffs den Charakter der Formal-Contracte ausmacht. Folgt denn aber daraus, daß auch dinglicher, daß servitutischer Stoff in sie hineinpaßte, dieß juristisch genommen, so daß auch die rechtlichen Wirkungen, die das dingliche Recht bei sich führt, mit hineingehören? Die Formeln sind bei Gajus III, 92 etc., wie es scheint, vollständig aufgerechnet: alle gehen auf eine obligatio, sie versprechen etwas, spondes? promittis? das ist ja buchstäblich ein Versprechen; auch das facies? faciam geht auf eine persönliche Leistung, die man angelobt. Wie können solche Ausdrücke gebraucht werden, um ein dingliches Recht zu constituiren? Ja was noch mehr ist, Gajus führt in §. 94 eine scheinbare Sponsionsformel an, die ein peregrinus habe gebrauchen können, leugnet aber, daß dieß wahrhaft eine sponsio oder überhaupt eine stipulatio sey, **da die *actio ex stipulatu* nicht daraus angestellt werden könne.** Wie konnte denn diese Klage aus einer sponsio oder einer andern stipulatio angestellt werden, die nur dazu dienen sollte, unmittelbar ein dingliches Recht hervorzubringen? Man kann hierauf antworten, Gajus spricht allein von den Formeln, die sich auf obligationes beziehen, eigentlich auch nur beyspielsweise (»velut«), zur Vollständigkeit hätte z. B. noch gehört: non facies? non faciam; denn kein Civilist wird wohl im Ernst noch behaupten wollen, eine obligatio könne

kein *non* facere zum Gegenstand haben.[36]) So kommt auch noch bey Paulus R. S. II. 3. vor: fidei tuae erit? Die griechische Formel: ὁμολογεῖς? ist auch nicht buchstäblich ein Versprechen, es heißt consentis? wenn sich dieß auf eine Leistung, von der gerade die Rede war, bezog, so muste es denn freilich auch so viel heißen, als: versprichst du? Was die Sponsionsformel in §. 94: »pacem futuram spondes?« betrifft, so wird diese nicht schon allein deswegen zurückgeschoben, weil die actio ex stipulatu nie fehlen dürfe, wo eine stipulatio sey; sondern Gajus will sagen, hier ist gar kein privatrechtlicher Effect, ließe sich das vor Gericht verfolgen, so könnte hier, wo ja ein Versprechen geschah, die actio ex stipulatu nicht fehlen, aber vielmehr »jure belli res vindicatur«, wird das Versprechen nicht gehalten, so muß man das mit den Waffen rächen, und thut dann dieß nur nach dem Kriegsrecht der Völker.

Ist dagegen einmal entschieden, und darüber kann noch II. 31. kein Zweifel seyn, daß sich ein dingliches Recht, nämlich eine Servitut, durch eine Stipulation hervorbringen ließ, so hatte das ja seine vollständigen privatrechtlichen Wirkungen, die vor dem magistratus geltend gemacht werden konnten, wenn auch nicht durch eine actio ex stipulatu, sondern durch eine actio oder exceptio confessoria. Und wenn dieß einmal gewiß ist, so muß es auch Stipulationsformeln gegeben haben, die dem anzupassen waren, wenn sie auch nirgends in den uns bis jetzt bekannt gewordenen Quellen erwähnt seyn

---

36) Oft ward freilich eine poenae stipulatio hinzugefügt, die denn das umgekehrte facere enthielt, aber dieselbe Umkehrung in das non facere fand eben so oft bey der auf ein Thun gerichteten Stipulation Statt L. 137. §. 7. D. de V. O. Vergl. nur L. 75. §. 7. eod. und wie viele Stellen sprechen von einem Versprechen dessen, quod in non faciendo consistit, es gibt einen ganzen Titel in den Pandekten, der fast allein davon handelt.

sollten. Es folgt denn freilich aber auch, daß der allgemeine Charakter der stipulatio nicht darin bestand, daß sie ein Verbal-Contract war, das Wort Contract bloß auf obligationes bezogen, dadurch war denn nur die merkwürdigste Art der Stipulationen charakterisirt; sondern darin, daß sie eine Form war, wie durch solenne Worte irgend ein dinglicher oder obligatorischer Stoff zu einem durchaus wirksamen Recht gestaltet werden konnte, und das Allgemeine der Verbalform war denn: Frage und auf der Stelle congruente Antwort, wie es in Paulus R. S. II. 3. angegeben wird. In einem weitern Sinn kann man dieß auch immer Verbal-Contract nennen, da hier doch allemal ein Nexus bewirkt wird, wenn auch dinglich zwischen praedium und praedium; wie man auch bey dinglichen Rechten, wie Servitut und Pfandrecht, von deberi und res obligata sprechen kann.

Es ist unstreitig eine sehr ersprießliche Beschäftigung, sich mit der Errathung der römischen Formeln, wo sie uns nicht gegeben sind, zu beschäftigen, aber die Enträthselung geht nur allmählig von Statten, und manches Räthsel wird vielleicht immer ungelöst bleiben. So mögte es in Verlegenheit setzen, wie man nach Gajus II. 59. die Formel angeben sollte, worin die cessio in jure bei der fiducia kann geschehen seyn, sicher war es da eine symbolische rei vindicatio, aber wie ließ sich denn hierbey eine auf Rückcession oder remancipatio gerichtete Clausel denken, ohne das Symbol zu zerstören? Die lex mancipi dagegen bey der Mancipation hatte nichts, was nicht dieser in ihrem ursprünglichen Sinne natürlich war. Die Vatican. Fragm. §. 50 zeigen freilich, daß man es mit einem solchen heterogenen Zusatz nicht so genau zu nehmen pflegte, denn die deductio ususfructus mit ihren Anhängen scheint sich mit einer rei vindicatio, die doch den natürlichen Besitz herbeyziehen will, kaum zu vertragen.

Bey der Formel der Stipulationen zum Behuf der Be-

stellung von Servituten ist nur das schwierig, daß in den bis jetzt aufgefundenen Quellen keine solche uns aufbehalten ist. Rathen läßt sich darüber sehr leicht, und es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß es dergleichen mehr als eine gegeben hat, z. B. nur gleich nach dem Beyspiel von ὁμολογεῖς: Consentisne, me fundi mei nomine aquaeductum in fundo tuo habere habiturumque? oder ius mihi erit, uti frui agro tuo, oder ius mihi concedis in tuo aquam haurire? oder licebit mihi fundi mei nomine per fundum tuum ire, vehi, agere, aquam ducere? Concedisne mihi ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere? oder, wo das Factische schon vorhanden ist, stillicidia uti nunc sunt, ita erunt? u. s. w.

2. wenn schon das pactum und die nuda conventio für sich hinreichte, wie kommt es, daß die Stipulation hier besonders herausgehoben, und ausdrücklich daneben genannt wird? Daß es bey Gajus heißt pactionibus *et* stipulationibus und nicht p. *vel* st., wie z. B. doch in L. 33. §. 1. D. d. S. P. R., kann gar nicht irre machen, denn wie oft steht et so, daß es mit vel vertauscht werden kann, ohne daß der Sinn verändert wird. Aber auch bey der disjunctiven Partikel bleibt die Frage, warum denn dieß besonders herausheben, da es ja auch bey der stipulatio bloß die darin enthaltene conventio war, die die Servitut constituirte? Die Schwierigkeit hebt sich durch das, was oben (S. 72.) von der Bedenklichkeit gesagt worden, durch nudum pactum überhaupt Servituten bestellen zu lassen. Die Stipulation hatte hier gar kein formelles, sondern nur ein materielles Gewicht, welches freilich doch wieder in ihrer bestimmteren Fassung lag. Verträge haben etwas Dissolutes, wodurch die Auslegung unsicher wird, dagegen die Gebundenheit an gewisse Formeln macht die Auslegung bey der Stipulation zuverlässiger. Es muste bald ein Gebrauch entstehen, wenn wirklich eine Servitut gleich entstehen sollte, sich gewisser dazu passender Ausdrücke zu

bedienen, und solche dagegen zu vermeiden, die leicht auf eine obligatio schließen ließen, mogte diese nun auf künftige Bestellung [37]) gehen, oder nur eine persönliche Verpflichtung mit

---

37) Daß leicht das Bedürfniß entstehen könne, für jetzt nur noch eine Forderung auf künftige Bestellung der Servitut (»actio de usufructu« — de servitute imponenda) zu ertheilen, ist schon im Anfange dieser Abhandlung gezeigt worden. Bei den Römern mußten dergleichen obligationes aber besonders häufig seyn, wegen des legati per damnationem (z. B. Fragm. Vat. §. 85. vergl. mit §. 45. 61. ibid. und L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am., ferner mit L. 31. d. S. P. U. L. 16. commun. praed. L. 3. D. d. usufr. Paul. R. S. III. 6. 17. — Ich sollte meinen, ein Ueberbleibsel hiervon fände sich noch in L. 26. D. de S. P. R. vergl. mit L. 21. 22. eod. L. 13. §. 1. eod. L. 9. D. de servitut. Auffallend ist noch L. 2. D. si ususfructus petet., wenn man bedenkt, daß der Proprietar bey schon bestehendem ususfructus keine Servituten auflegen kann, und daß jetzt der Usufructuar durch die Antretung des Erben den ususfructus immer gleich erwirbt. Vergl. auch noch L. 6. D. de usu et usufr. L. 14. 15. eod. — Wie oft mogte es aber auch vorkommen, daß Sklaven und filiifami sich vorläufig eine solche Forderung geben ließen in Abwesenheit des Herrn oder Vaters, denn diese konnten sie bey einer in iure cessio überhaupt nicht vertreten. Vergl. Gaius II. 96. mit Fr. Vat. §. 51. — Eine solche obligatio ad servitutem imponendam kann sich auch durch confusio erzeugen, wenn ein Erbschaftskäufer oder ein Legatar dies durch aditio verloren gegangene Recht wiederherstellen muß. Gegen den Ersteren kann ex vendito geklagt werden, gegen den Legatar hat der Erbe eine Retention durch Exceptio doli L. 9. D. commun praed. L. 18. D. de servitut. Dieß ist ein besonderer Fall, wo es praktisch wichtig seyn kann, daß man das Eigenthum nicht durch bloßen Vertrag übertragen kann, denn auf den Legatar geht das Eigenthum (ehmals) beym Vindications-Legat) bekanntlich durch die aditio über, und eben so bekanntlich kann man die exceptio doli nicht gegen den successor singularis ex causa onerosa gebrauchen.

servitutähnlichem Inhalt [38]) mit sich führen sollen [39]). Bey den reinen Verträgen machten schon manche Ausdrücke, die in allen diesen doch sehr verschiedenen Fällen möglich waren, die Auslegung leicht zweifelhaft, z. B. der Ausdruck debere und servitutem debere, denn wenn Schmidtlein (pag. 37.) glaubt, daß dieß ein ausschließlich technischer Ausdruck für res servitutem debet sey, so irrt er sich sehr, dafür kann es allerdings auch gebraucht werden, so daß es auf iam imposita servitus geht [40]), und es ist ganz natürlich, daß wo von Servituten als schon vorhandenen dinglichen Rechten die Rede ist, das debere nicht auf die einzelne Person, sondern auf das praedium bezogen wird. Aber es kann auch auf Verpflichtung zukünftiger Servitutbestellung gehen, und so servitus debita der servitus iam imposita entgegenstehen. So ist es grade in L. 27. §. 4. D. de usufructu gemeint: wer einen Ususfructus durch Legat bekam, der soll nicht bloß die Servituten sich gefallen lassen, die schon bei Lebzeiten des Erblassers aufgelegt waren, sondern auch die, welche der Erbe nur noch aus einer stipulatio des Erblassers schul-

---

38) Ein präliminäres Verhältniß der Art, das aber eine wahre Servitut vorbereitet, bildet sich dadurch, daß zwar alle condomini das praedium serviens noch (in iure) cediren wollen, aber nur noch Einer wirklich cedirt hat: dieser Eine, oder wenn es Mehrere, und nur nicht Alle sind, diese Mehreren dürfen inzwischen, bis die Andern es thun, den Gebrauch der Servitut nicht hindern. Vergl. L. 11. D. de S. P. R. mit L. 34. eod. L. 6. §. 1. commun. praed. L. 7. §. 1. L. ult. eod.

39) So z. B. war die Formel der Stipulation und der Klage, wenn es auf künftige Bestellung ging: «sibi dari oportere» l. 19. D. de S. P. R. L. 25. §. 4. D. de usufr., die Klage auf eine schon bestellte Realservitut lautete: «ius sibi esse fundi» L. 23. §. 3. D. de S. P. R. Vergl. L. 1. §. 26. de aq. quot. Gajus IV. 2.

40) z. B. L. 15. D. de S. P. U. L. 17. §. 3. eod. L. 10. D. communia praed.

dig ist. Das ist offenbar der Sinn der Stelle, und so kann sie nicht für einen Beweis gelten, daß man Servituten durch Stipulation habe bestellen können. Wie hätte nicht allenthalben, wo eine Servitut nur noch promittirt war, dieß, wie in L. 27., durch servitus per stipulationem debita ganz klassisch ausgedrückt werden können? 41) Und selbst in juristischer Rede konnte es vorkommen z. B. von debitum iter zu sprechen bey jener Formel: per se non fieri, quo minus mihi ire liceat, wenn hier gleich schließlich nur ein rein persönliches Verhältniß zwischen den gegenwärtigen Besitzern gemeint war, und im gemeinen Sprachgebrauch konnte auch wohl selbst hier *servitus* debita gesagt werden. So mußte hier allerdings die stipulatio den Vorzug verdienen, wobey nicht sogar leicht eine mehrdeutige Formel gewählt wurde, wenn es auf augenblickliche Bestellung abgesehen war.

Zu dieser Ansicht stimmt vortrefflich das: »maxime si pacto stipulatio subdita sit in L. 33. pr. D. de S. P. R. 42). Gleich darauf in §. 1. heißt es für einen andern Fall wieder »nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est«. Hier ist gewiß keine poenae stipulatio gemeint. In beiden Fällen kommt freilich keine selbstständige Bestellung (translatio, datio servitutis), sondern im princ. eine deductio, und in §. 1. eine Verkürzung der Servitut (ähnlich wie deductio

41) S. nur L. 13. §. 3. D. de acceptilat. u. vergl. L. 140. §. 2. D. de V. O. L. 11. de servit. — So viel mögte ich verbürgen, daß wo von einer stipulirten Servitut in den Gesetzen die Rede ist, ohne nähere Bestimmung, das debere servitutem bloß auf die obligatio geht.

42) Gemeinhin heißt dieß: wenn das pactum in eine Stipulation gefaßt wurde; wo die Zusätze darauf führen, kann es freilich auch, wie das häufigere: pacto *subiecta* stipulatio, eine unterstützende poenae stipulatio bezeichnen. Vergl. L. 6. C. de transact. L. 4. C. pro socio. L. 3. 4. C. de rer. permutat. L. 2. C. de iure dot. L. 22. C. de evict. L. 10. §. 1. D. de pactis L. 2. D. de transact. L. 14. C. de pactis.

Verkürzung des Eigenthums) vor, auch in dem letzten Fall muß der Vertrag oder die Stipulation gleich mit der Bestellung des Aquäducts verbunden werden (subsequi), dann ist dieser gleich in sich so verkleinert, daß der Servitutberechtigte sich den haustus ex rivo gefallen lassen muß, den der Eigenthümer des dienenden fundi für sich oder Andre hinwegnimmt, ohne daß man sagen kann, das praedium diene sich selbst, oder es sey servitus servitutis bestellt. Der Servitut war dieß gleich als Beschränkung bey ihrer Entstehung mitgegeben. Man sieht also nur, auch bey solchen Verkürzungen hatte man der größeren Bestimmtheit wegen lieber stipulatio als pactio.

Auch wenn der Fall so geartet war, daß Personal- und Realservitut verwechselt werden konnten, mogte eine Stipulation leicht deutlicher seyn, als ein formloses pactum. In Testamenten konnten freilich dergleichen Zweideutigkeiten durch strengere Form nicht vermieden werden, aber hier muste man sich überhaupt bequemen, der Interpretation, welche zwischen größerer Begünstigung des Erben oder des Legatars oder Fideicommissars zu wählen hatte [43]) mehr Freiheit zuzugestehn: der, welcher hier gleichsam veräußerte, verlor nichts mehr dadurch, und kein Interesse dritter war gefährdet.

43) S. z. B. L. 6. D. d. servit. legat.; wo zwischen einem »usus transeundi *personae* datus« und einem »legatum servitutis (itineris) plenum» entschieden wird, und L. 4. D. d. S. P. R.: Pecoris pascendi servitus (Fl. servitutes) item ad aquam appellendi, *si praedii fructus maxime in pecore consistat*, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus. cf. L. 20. §. ult. eod. L. 21. D. de usu. L. 37. D. de S. P. R. L. 32. D. de usufr. Eine Hauptstelle ist L. 1. D. de usu et usufr. p. legat. dato. Vergl. auch L. 31. D. d. S. P. U. mit L. 16. D. Commun. praed. L. 39. §. 4. de legat. I. u. L. 3. D. de usufr.

So viel steht also fest, daß an Provinzialboden wahre Servituten aller Art durch simple Verträge und nur besser durch Stipulationen constituirt werden konnten. Die Stelle von Gajus ist eine lautre sichre Quelle, die kein Misverständniß zuläßt. Dagegen ist die Behauptung, daß ein bonitanischer Eigenthümer an einem italischen Grundstück oder sonst an einer Sache, an der quiritarisches Eigenthum und mithin auch quiritarische Servitut möglich war, durch bloßen Vertrag oder Stipulation, ohne traditio eine Servitut habe bestellen können, die der Prätor als dingliches Recht geschützt habe, durch das, was man bisher dafür gesagt hat, keineswegs außer Zweifel gesetzt. Es lassen sich vielmehr für die Wahrscheinlichkeit des Gegentheils erhebliche Gründe anführen, und sind schon zum Theil angeführt worden. Schmidtlein will dieses alles freilich, und daß die traditio sich von jeher lediglich auf den bonae fidei possessor bezogen habe, aus dem Bildungsgang, den diese Sache bey den Römern habe nehmen müssen, als gewiß herleiten, allein ich habe manches Bedenken, ihm hierin beyzustimmen. Die ganze Deduction und die Art, wie er das Einzelne in einander fügt oder sich durch einander bedingend gegenüber stellt, hat eine gewisse symmetrische Steifheit, die als historisch-juristisches Kunstwerk kaum viel besser seyn mögte als jenes scholastisch-juristische System der drey Grade der Culpa. Solche Constructionen haben das Ueble, daß sie eine Schein-Gewißheit gewähren, die, wenn es sich schickt, zuweilen lange die Wahrheit vertreten muß, welche eigentlich die ist, daß von allem dem wenig gewiß ist, wenn sich auch das Gegentheil grade nicht beweisen läßt. Daß jüngere und oft recht willkommene Arbeiter in unserm Wirkungskreise dazu besonders geneigt sind, ist sehr natürlich und kaum zu tadeln, aber verschwiegen darf es nicht werden. Schmidtlein hat sich in der Vorrede zu seiner Schrift sehr bescheiden geäußert, dennoch, nach dem was ich habe in Erfahrung bringen können, findet

sich schon in den Hauptzügen und selbst in der Grundlage manches, was sein großer Lehrer nicht oder doch nicht so gewiß behauptet hat, so daß man doch wohl zu viel sagt, wenn man sein Werk eine bloße Entwicklung der Savigny'schen Theorie nennt. Doch lassen wir das.

Es ist nun schon, wie ich glaube, nicht ganz richtig, wenn man sich die Sache so denkt, als habe der Bildungsprozeß im römischen Recht mit einer gewissen Nothwendigkeit darauf geführt, 1), bonitarische Servituten schon allein darum anzunehmen, weil es ein bonitarisches Eigenthum gegeben habe, als müßte von den abgelösten Stücken nothwendig gelten, was von dem Ganzen, und 2) so wie beym Eigenthumserwerb die traditio aus der mancipatio als ihr natürliches Wesen zu diesem Ende herausgenommen worden sey, so habe wie unvermeidlich der Vertrag aus der in iure cessio wiederum als ihr natürliches Wesen herausgenommen werden müssen. Wenn die römischen Juristen sich dieß ganz so gedacht hätten, so würden sie, dünkt mich, hier ihre anerkannte Meisterschaft nicht bewiesen haben, denn dieß sieht wirklich wie todte Symmetrie aus. Ich weiß sehr gut, daß sie, wo es hingehörte, auch sehr künstlich seyn konnten, und was Gajus Neues über die novatio, und dann über die fideiussio zum Unterschied von den vermuthlich älteren Formeln (sponsio und fidepromissio) sowohl, als von den neueren (constitutum und mandatum) Formen der Bürgschaft enthält, hat genugsam gezeigt, wie sehr manche neuern Juristen Unrecht hatten, wenn sie hier ihrer Neigung, das römische Recht, wenn ich mich so ausdrücken darf, zu naturalisiren und zu modernisiren, zu sehr nachgaben, ohne auf uns schon vor Gajus anders Lehrenden zu hören, sie können sich noch jetzt nicht recht dazu entschließen. Aber römische Juristen pflegen nur künstlich zu seyn, wo es eben hingehört.

Zu 1) bemerke ich, daß man guten Grund haben mogte, Uebertragung des Eigenthums möglichst zu erleichtern, nur

dieß schon durch bloßen Vertrag bewerkstelligen zu lassen, fand man unzweckmäßig, und daß man es dahin nicht kommen ließ, davon mag doch wohl der Grund nicht bloß darin gelegen haben, daß das natürliche Wesen der mancipatio in einer traditio bestand. Was Michelsen a. a. O. S. 381 fg. über das Verhältniß dieser beiden zu einander und der in iure cessio zum Vertrage sagt, ist sehr hübsch und im Ganzen überzeugend, wenn auch mancher erhebliche Punkt noch zweifelhaft bleibt; aber auch res corporales konnten ja in iure cedirt werden. Freilich war es sehr natürlich, daß man sich mit der traditio begnügte, aber das hatte man doch wohl nicht der Ableitung von der mancipatio allein zu verdanken, sondern einem richtigen praktischen Takt der Römer, welcher sie in diesen Grenzen zurückhielt.

Dagegen bey den Servituten ist sonst gar keine Neigung der Römer zu verspüren, ihren Erwerb zu erleichtern, am wenigsten in den frühern Zeiten, viel eher ihren Verlust, das hat Schrader in einer eigenen Abhandlung[44]) im Ganzen sehr gut gezeigt, nämlich rücksichtlich der Realservituten; der usufructus ward freilich seit August aus bekanntem praktischen Bedürfniß einigermaßen begünstigt, aber nur der, welchen ein Testament geschenkt hatte. Da wüßte ich nun in der That nicht, was das römische Recht wesentlich an Consequenz verloren hätte, wenn man gar keine bonitarischen Servituten zugelassen hätte. Diese sind zwar dem Stoff nach Stücke des Eigenthums, aber als für sich bestehende Rechte sind sie der Form und selbst dem Rechtsstoff nach sehr davon verschieden, wie sich leicht zeigen ließe, wenn es hier der Ort dazu wäre; es wird aber noch immer noch nicht genug anerkannt; und so hat die Servitutenlehre in der That eine ganz andere Consequenz als die Eigenthumslehre. Ein allge-

44) Civilist. Abhandl. Abtheil. 2. S. 205 ꝛc.

meines durchgreifendes praktisches Bedürfniß drängte sich hier auch gar nicht auf, denn freilich ist es richtig, daß der, welcher die Sache in bonis hatte, keine Servituten des Civilrechts auflegen konnte, aber das hatte nicht so viel zu bedeuten, denn in einem oder in zwei Jahren war er ja Dominus geworden durch Usucapion. Ich will nicht sagen, daß hierzu gar kein praktisches Bedürfniß vorhanden war, dadurch würde ich mit dem, was ich bald entwickeln werde, in Widerspruch gerathen, meine Meinung ist nur, daß man ein solches Bedürfniß erst aufzusuchen und darnach sich Wahrscheinlichkeiten zu bilden hat, wo die Quellen keine Gewißheit geben, und daß man dieses nicht so von vorne herein postuliren, und am wenigsten eine Consequenz sich schaffen muß, wo gar keine existirt.

ad 2) müßte es aber recht auffallend seyn, wenn man den simpeln Vertrag, den man beim Eigenthumserwerb nicht heranließ, doch beim Erwerb solcher Rechte allgemein zugelassen haben sollte, die man ehmals in sehr engen, nachher aber immer doch in festen Schranken zu halten gesonnen war, ungeachtet der praktischen Bedenken, die das nach dem Obigen erregen mußte, und das bloß der in iure cessio und ihrem natürlichen Inhalt zu Gefallen.

Das präliminäre Resultat ist also: man darf hier nicht zu viel auf Analogieen bauen und nicht zu kühne Schlüsse aus der künstlichen Verbindung der einzelnen Materien in sich und mit einander fällen, sondern man soll das, was die dermalen vorhandenen Quellen, spärlich genug, darüber enthalten, sorgfältig untersuchen, und die praktischen Rücksichten, die wahrscheinlich obwalteten, nie aus den Augen verlieren.

In den Quellen nun, behaupten wir, ist kein sichrer Beweis dafür zu finden, daß der bonitarische Eigenthümer allgemein durch bloßen Vertrag Servituten habe auflegen können, die in ihrem Bezirk gegolten hätten, was das bonitarische Eigenthum in dem seinigen; eher noch für das

Gegentheil. Pandektenstellen können gar nicht mit Sicherheit dafür angeführt werden, denn wie will man zeigen, daß diese nicht interpolirt sind? Man kann nur mit einigem Schein anführen L. 3. D. de usuf. aus des Gajus Res quotidianae und L. 25. §. ult. D. de usufr. aus Ulpian ad Sabinum. Von dem ersten Excerpt hat Zimmern S. 330. Not. 57 vermuthet, es könnte wohl ursprünglich bloß von Provinzialgrundstücken gehandelt haben, wie unsere Cardinalstelle aus den Institutionen desselben Schriftstellers. Ich glaube, daß man sich davon, und daß im Anfange provincialium, um den Unterschied zu entfernen, in omnium verwandelt worden, völlig überzeugen kann, wenn man nur auf den innern Zusammenhang der Stelle Acht hat. Zuerst heißt es:

> »Omnium (*provincialium*) praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum.«

Diese Worte vertrügen sich noch wohl mit dem Sinn: es ist allen Grundstücken gemein, daß durch ein Legatum per damnationem an ihnen ein ususfructus mittelbar bestellt werden kann; denn nur bei den italischen Grundstücken konnte es unmittelbar durch ein legatum per vindicationem geschehn[45]). Setzt man provincialium für omnium, so gibt es den bequemeren Sinn: an Provinzialgrundstücken kann auch iure legati ein ususfructus bestellt werden, aber nur mittelbar durch legatum per damnationem, so daß der Erbe nun erst constituiren muß. Daß dann ein inducere in fundum verlangt wird[46]), ist nicht entgegen, und beweist allerdings nicht, daß bei jeder Bestellung eines ususfructus an einem fundus provincialis Tradition nöthig gewesen, denn

45) Paulus R. S. III. 6. 17. Vergl. oben Not. 37.

46) »Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui.«

das gehört nach natürlicher Auslegung dieser Legats-Formel mit zur Verpflichtung des Erben, er soll nicht etwa bloß eine Vereinbarung oder Stipulation auf augenblickliche Bestellung nunmehr abschließen, sondern auf alle Weise dare, praestare servitutem, wohin auch gehört, daß er ihn in Detention setzt, er bleibt auch, so wie sein Universalsuccessor, für seine Person verpflichtet, ut eum uti frui patiatur, hier bleibt also auch neben dem schon constituirten dinglichen Recht eine obligatio [47]), die Veräußerung hebt diese auch nicht auf, nur darf er für den Singularsuccessor nicht herkommen, gegen diesen schützt hinlänglich das dingliche Recht. Dieß alles findet auch noch Statt, wenn einem italischen Grundstück ex causa damnationis die Servitut aufgelegt worden, aber doch, wie ich glaube, wohl nur dann, wenn der Testator an diesem fundus bloß bonitarisches Eigenthum hatte, hatte er dominium, so war es ja eine viel wahrscheinlichere und mit den Worten übereinstimmende Auslegung, daß mit dem dare usumfructum dem Erben die Bestellung eines quiritarischen usus fructus also durch in iure cessio aufgelegt worden. Schon dieß läßt vermuthen, daß die Stelle ursprünglich auf Provinzialgrundstücke ging. Nun folgen aber gleich die Schlußworte:

> »Sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.»

Diese Worte können nicht ganz so gelautet haben, wenn ursprünglich omnium stand, denn dann hätten sie auf den Gedanken führen müssen, als wäre dieß so die ordentliche Art, Servituten außer dem Testament zu constituiren, was doch nur bey den Provinzialgrundstücken richtig war, bey den italischen keineswegs. Ein jeder wird fühlen, wie gezwun-

47) Vergl. L. 31. D. d. S. P. U. L. 16. D. Commun. praed.

gen es wäre, wenn man dieß so in Verbindung bringen wollte, als hieße es: außer dem Testament ist es allen Grundstücken gemein, daß man durch pactiones und stipulationes da Servituten erzeugen kann. Der Unterschied zwischen civilen und prätorischen Servituten würde dann hier wie vernichtet, da doch an italischen Grundstücken das Damnations-Legat einen civilen ususfructus erzeugte, die pactio s. stipulatio auf jeden Fall nicht. Alles ist klar und leicht, wenn man provincialium liest, denn in den Provinzen war dieß beides (versteht sich an Grundstücken, die nicht ius italicum hatten), allein möglich, und erzeugte immer nur eine tuitio praesidis.

Am mehrsten Schein hat L. 25. cit.[48]). Es ist hier nicht darum zu thun zu zeigen, wie ein Ususfructus constituirt werden könne, aber es werden hier doch gelegentlich mehrere Arten der Bestellung aufgerechnet, und zwar an einem Sklaven, und unter diesen kommt die Stipulation vor; so scheint also doch an einer andern Sache als einem Provincialgrundstück Bestellung einer Servitut durch Stipulation möglich gewesen zu seyn. Allein wer gewehrt es uns, daß die Stipulation hier von dem Compilator nicht eingeschoben worden ist, weil sie Justinian als allgemeinen modus constituendi servitutem anerkannt wissen wollte? Wie wenn nun hier ursprünglich gestanden hätte: an et si per traditionem vel in iure cessionem, vel etc.? Mit dem Wegstreichen des in iure, wie in andern Stellen, konnte man hier nicht auskommen, da besonders markirte Erwerbarten hier

---

48) Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem, *vel stipulationem*, vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro XVI secutus est, omnia fructuario adquiri.

genannt werden sollten. Daß der Text hier nicht ganz so geblieben ist, wie er war, ist nicht zu bezweifeln, da ja unmöglich nach dem Legat die einzige civile Erwerbart verschwiegen werden konnte. Freilich war es natürlicher, die in iure cessio voran zu stellen, dasselbe müßte aber von der stipulatio gesagt werden, wenn die traditio sich bloß auf bonae fidei possessio beschränkte. Vielleicht achtete man aber die Rangordnung nicht, da man hier grade beziehungsweise Gleichheit aussprechen wollte. Vielleicht stand auch per mancipationem vel in iure cessionem, jenes uneigentlich die deductio bey der mancipatio bezeichnend, ein Ausdruck, dessen sich Gajus selbst III. 33. bedient (»quamvis etiam per mancipationem constitui possit«), wo er doch zeigen will, daß eigentlich ein ususfructus nur allein durch in iure cessio constituirt werden könne. Endlich, wenn der Text ursprünglich ganz so war, wissen wir denn, ob hier nicht vielleicht ein ususfructus gemeint ist, den ein peregrinus bestellte oder der einem peregrinus bestellt wurde, denn da war denn auch der civile modus unmöglich. Kurz, alles ist hier zweifelhaft und unsicher, und dem Fragment mangelt alle Beweiskraft.

Man könnte aber auch noch an L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr., auch von Ulpian ad Sabinum, hier denken[49]. Die Stelle spricht von einem ususfructus an einem fundus vectigalis und einer superficies, und die Bestellung wird außer der traditio besonders genannt; war dieß nun, wie es wohl nicht anders seyn kann, Bestellung durch Vertrag

49) Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione Praetoris, proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali (Basil. ἐν τῷ ἐμφυτευτικῷ ἀγρῷ) vel superficie non iure constitutus, capitis minutione amittitur.

und Stipulation, so gab es doch also diese noch in andern Fällen, außer an fundis provincialibus. Man kann dieß zugeben, aber es auf die beiden genannten Fälle beschränken, indem auch sonst superficies und Vectigal-Grundstücke den Grundstücken in den Provinzen gleich gestellt werden [50]. Allein auch dieß ist nicht einmal gewiß, da hier die Hand des Compilator deutlich zu spüren ist, denn von Provincialgrundstücken war da wenigstens auch die Rede, und wissen wir denn, ob jenes nicht bloß dafür eingeschoben ist? In §. 61 der Vaticanischen Bruchstücke ist von fundus vectigalis nichts zu verspüren, was freilich unter den vielen Lücken versteckt seyn kann, aber auch nicht. Daß das Fragment (nach einer vorhergehenden Ueberschrift von Paulus) nicht wörtlich mit dem ursprünglichen Text des Ulpian gleich gelautet habe, scheint mir offenbar, und daß es daher auch nicht, wie Mai versucht hat, aus diesem gradezu ergänzt werden dürfe; aber beide haben große Aehnlichkeit, und das Vaticanum bestätigt wenigstens soviel, daß auch Ulpian gewiß von fundo stipendiario vel tributario oder provinciali in genere, geredet habe. Und das ist hinreichend, hier wieder alles verdächtig zu machen [51].

Gegen die Behauptung, daß die traditio auf bonae fidei possessio schon ursprünglich beschränkt gewesen sey, hat schon du Roi, wie mich dünkt, sehr richtig L. 11. §. 1. D.

50) S. nur L. 12. §. 2. 3. D. de Publ. i. r. act., denn wer wird zweifeln, daß »in aliis praediis« für »provincialibus praediis« noch viel ungeschickter substituirt worden ist, als in der obigen Stelle omnium für provincialium?

51) Das »pactum est« in L. 11. pr. D. quemad. servit. kann gar nichts beweisen, denn das sagt da nichts mehr als »actum est« vergl. L. 18. eod., natürlich kommt bei jeder Bestellung ein Vertrag vor; und so manche andre Stelle, die man hat hieher ziehen wollen. Ueber L. 27. §. 4. D. de usufr. s. oben S. 103. über L. 33. D. de S. P. R. ebenfalls oben S. 104.

de Publ. i. r. act. [52]) angeführt. Denn wäre jene Behauptung wahr, so hätte Ulpian gewiß statt domum *suam* gesagt: per domum, quam bona fide possidebat. Daß beym Fideicommiß ebenfalls eine traditio vorkam, ein in fundum inducere fruendi causa, wenn ein ususfructus so aufgelegt worden war, [53]) ist nicht entgegen, denn das gehört hier, wie nach dem Obigen [54]) beym legatum per damnationem zur praestatio des Onerirten, zur Leistung aus persönlicher Verpflichtung. Auch der Fall in L. 16. D. si servit. vind. (von du Roi und Zimmern S. 322. ebenfalls angeführt): si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere, et postea, te sciente, ex causa emtionis immissum habeam, kann kein sichres Gegen-Argument abgeben, denn man darf nicht sagen, wenn Vertrag hinlänglich war, wozu bedurfte es denn der patientia, da dieser schon im Kauf lag; denn wie oft kauft man nicht auf künftige Bestellung?

52) Ulp. lib. 16. ad Edictum. Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis *suam* passus est aquaeductum transduci; item rusticornm, nam et hic tiaditionem et patientiam tuendam constat. — Traditio und patientia werden hier als gleichbedeutend doch besonders genannt; man dachte bey der ersteren an die Uebergabe der Detention bey der Personalservitut (inducere in fundum), was im vulgären Sprachgebrauch traditio hieß, und bey patientia an die quasi-traditio, die im gemeinen Leben nicht so genannt wurde. Die Glosse zu L. 1. in f. de servit. versteht patientia so, daß es bloß die traditio erklären solle, was im Resultat keinen Unterschied macht. — Das suam erklärt die Glosse zu L. 11. durch quoad opinionem, aber so willkürlich wie möglich, und schon die dafür, daß es so heißen könne, citirten Belegstellen zeigen, wenn man sie nachschlägt, wie unrichtig es sey.

53) L. 3. D. si ususfr. petet. L. 29. D. de usu et usufr. conf. L. 9. eod. L. 50. D. de usufr. L. 4. L. 29. §. 2. D. quib. mod. ususfr. am. L. 1. §. 2. L. 9. D. usufr. quemad. cav.

54) Seite 111.

Mit den Quellen darf man daher nicht fürchten in Widerspruch zu fallen, wenn man sich vielmehr die Sache so vorstellt: 1) Wenn ein quiritarischer Eigenthümer, der zugleich die Sache in bonis hatte, nicht auf förmliche Weise constituiren wollte, so muste er sich der quasi-traditio bedienen, welche darin bestand, daß sich der Andre mit seiner Bewilligung in den Quasi-Besitz der Servitut setzte; dann schützte der Prätor durch Interdicte und die publiciana actio. Hatte er bloß ein nudum ius Quiritium, so konnte eine Servitut, wenigstens die er förmlich constituirte, nicht ohne allen Effect seyn, aber gegen den bonitarischen Eigenthümer konnte sie nicht geltend gemacht werden, und eben so wenig gegen den, welcher ein ius in re, was sich mit der Servitut nicht vertrug, von diesem ableitete, endlich auch nicht gegen den, dem der quiritarische Eigenthümer selbst ein damit nicht verträgliches ius in re früher constituirt hatte.

2) ein bonitarischer Eigenthümer so gut als ein simpler bonae fidei possessor konnten nicht förmlich constituiren, sie musten daher in der erwähnten Art tradiren, da denn wieder derselbe Schutz eintrat [55].

55) Ob derjenige, welchem von einem malae fidei possessor eine Servitut tradirt worden, sich auch der actio publiciana bedienen könne, wenn er nur selbst in bona fide war, und wie er sich im Collisionsfall zu demjenigen verhalte, dem von einem bonae fidei possessor constituirt worden, kurz ob der, welcher selbst bey der Constitution in bona fide war, ganz unabhängig von seinem Autor, oder nur so weit geschützt werde, als dieser selbst durch die actio publiciana geschützt sey, ist eine Frage, die im Detail nicht zu dem Thema dieser Abhandlung gehört, die es aber gewiß verdient, noch einmal ganz genau erörtert zu werden. Schmidtlein hat hierzu viel Brauchbares geliefert, aber irre ich nicht, so sind doch nicht alle Untiefen gehörig sondirt worden. Es sind hier zwey entgegengesetzte Analogieen, die der bonae fidei possessio beym Eigenthum, und die des

3) **nur an Provincialgrundstücken (vielleicht auch an fundis vectigalibus und an superficies) konnten schon durch pactum und stipulatio allein Servituten constituirt werden.**

Pfandrechts, freilich daß die Klage hier auch die actio publiciana ist, spricht sehr für die erste Analogie, aber da diese hier doch etwas Irreguläres hat, indem die Fiction der vollendeten Usucapion hier wegfällt, so läßt sich doch auch manches Erhebliche für die entgegengesetzte Analogie vorbringen. Will man hier aber zur Klarheit gelangen, so muß man einmal die gegewöhnliche Methode der römischen Juristen befolgen, und gleich einige interessante und schwierige Fälle, wo die Frage praktisch releviren kann, vors Auge bringen. Auch die Frage verdient hier Beachtung, wie wenn zwey in Collision sind als Servitutberechtigte, beide ihre Befugniß bona fide erwarben, vielleicht beide von verschiedenen bonae fidei pessessores, gilt hier prior tempore potior iure? Bey der regelmäßigen publiciana actio war das bekanntlich streitig, und der Widerspruch ist uns sogar in der Justinianischen Compilation aufbehalten (L. 9. §. 4. D. de Publ. act. Ulpian. L. 31. §. 2. D d. act. emt. Nerat. die Vereinigungsversuche kenne ich wohl, aber es hat mir nicht gelingen wollen, mich von einem derselben auf die Dauer zu überzeugen). Wie wichtig ist es grade für unsre Untersuchung zu bemerken, daß man hiernach, obgleich die Klage eine actio in rem war, doch gar nicht so entschieden seyn konnte, das ihr zum Grunde liegende Recht vollaus für ein dingliches, d. h. für ein unmittelbares Rechtsverhältniß zur Sache zu halten, denn bey diesem konnte die Anwendung der Regel ja gar nicht zweifelhaft seyn. — Schmidtlein pag. 88 bringt auch den Fall zur Sprache, da eine Servitut in einem prätorischen Testament aufgelegt wurde, und da meint er, nach L. 9. §. 1. D. usufr. quemadm caveat, dieß könne immer nur eine bonitarische Servitut geben. Aber die L. 9. kann dieß gar nicht beweisen, einmal weil das gar nicht gewiß ist, daß sie bloß von einer legirten Servitut spricht, obgleich vorher und nachher allerdings von Legat die Rede ist, und dann weil die tuitio Praetoris ja auch nöthig war auf allen Fall, wenn der testator selbst nur bonitarisches Eigenthum hatte. Aber davon ab-

Wie kam es denn nun aber, daß grade bey den Provincialgrundstücken Verträge hinreichten, in den übrigen Fällen einer servitus non iure constituta Tradition erforderlich war? und welches praktische Bedürfniß führte zu jenem, und welches zu diesem? Die natürlichste Art, dieß zu erklären, scheint mir die. In den eroberten Provinzen wurde meistens, und in so fern nicht politisches Interesse auf eine Aenderung führte, der Rechtsbestand so gelassen wie er war, vieles Grundeigenthum wurde den alten Eigenthümern unter, wenn ich mich so ausdrücken darf, Obereigenthum des römischen Volkes gelassen, es muste dieß ohne Zweifel auch dinglich verfolgt werden können, wenn wir gleich die Form nicht wissen, denn als Dominium konnte es freilich nicht verfolgt werden. Gewiß ließ man auch die alten Servituten, die nach dem einheimischen Recht als dingliche Rechte gegolten hatten — und wie hätte es wohl an solchen, z. B. Wege- und Wassergerechtigkeiten, fehlen können? — ganz so stehen wie bisher, und wenn man das wollte, so muste man auch möglichst die alte Causa gelten lassen. War diese nun ein Vertrag, so muste man auch dieß beybehalten, und man konnte die Servitut nicht erst als durch die Quasitradition begründet ansehn, die Idee muste seyn, daß das dingliche Recht in seinem Ursprung und nicht bloß in seinem Besitz zu schützen sey, und zwar durch irgend eine actio confessoria, deren Formel wir wieder nicht

---

geschehen, wird hier die Frage wichtig, die, so viel ich erinnere, noch von Niemanden aufgeworfen ist: konnte denn in einem prätorichen Testament ein Legatum per vindicationem mit seinen eigenthümlichen Wirkungen hinterlassen werden? Wo nicht, so scheint es, muste der Erbe hier immer prästiren, und dann kam es darauf an ob er schon die Sache, welche dienen sollte, usucapirt hatte, um in iure cediren oder die servitus rustica mancipiren zu können, oder nicht.

kennen. Es konnte ja doch auch seltene Fälle geben, besonders bey praediis urbanis, wo die Servitut schon wirklich durch Vertrag constituirt worden war, ohne daß sie schon ausgeübt worden, tueri enim placita inter contrahentes debent, heißt es ganz in diesem Sinn in L. 3. C. de servitut. et aqua (Alex.), und die vorhergehende Bedingung, si ea praecesserint, quae servitutes constituunt, darf man nur auf das statutarische Recht beziehn, und diese Constitution geht vollkommen in unsre Ansicht ein. Den Römern lag dieß dann auch freilich nahe zur Hand, da ihre gewöhnliche Form, die hier nur anwendbar war, cessio in iure war, und das Wesentliche in dieser der Vertrag war; und in dieser Weise darf man allerdings Vertrag und cessio in iure mit einander in Verbindung bringen. In den Provinzen mogte das herrschender Rechtsgebrauch seyn, und es fragt sich nur, wie konnte das seyn, ungeachtet der allgemeinen praktischen Bedenken, von denen oben geredet worden? Gewisses läßt sich darüber nichts sagen. Der ursprüngliche Zusammenhang war vielleicht in den verschiedenen Provinzen verschieden, vielleicht mogte vor den alten Localobrigkeiten die Errichtung durch Vereinbarung geschehen seyn, was denn nun jetzt wegfiel. Die natürlichste Erklärung läßt sich von den syngraphis [56]) entlehnen; so wie diese einen Contract eigentlich constituirten, so mogte es auch wohl seyn, daß Servituten durch eine schriftliche Urkunde eigentlich constituirt wurden, und daß man nicht geneigt war, neben diesen Literal-Servituten noch andre durch bloßen Vertrag constituirte, gelten zu lassen, wenigstens nicht anders, als wenn der Wille, gleich einen dinglichen Nexus zu erzeugen, ganz klar war, und vielleicht niemals, wenn die Servitut sehr bedeutend war. Und so wie nun die Stipulationen, welche nur oft in ein Document gefaßt wurden, die syngraphas verdrängten, so mögen sie auch die alten Literal-

56) v. Savigny von Litteral-Contract. p. 17.

Servituten verdrängt haben, nur daß denn auch noch in Schrift oder nicht gefaßte Verträge daneben zugelassen wurden, denen man aber auch noch ferner diese Bedeutung nicht gerne beylegte. Wo man nun auch, wie bey allen beweglichen Sachen, eine in iure cessio unter Römern gebrauchen konnte, da erforderte man auch diese vor dem Magistratus provincialis und schützte nur, wo es unterlassen war, den Besitz auf die oben erwähnte zwiefache Art; den Provincialen müste denn aber, wie ihren Grundstücken, wenn auch Römer sie besaßen, die alte Weise wie das alte Recht, nur in der besagten Art modificirt, gelassen werden.

Daß man überhaupt unter Römern, abgesehen von den Provinzialgrundstücken, keine Bestellung einer Servitut durch Vertrag oder Stipulation zuließ, bedarf nach dem obigen keiner Erklärung; daß sie aber den bloßen Besitz derselben nicht bloß persönlich (Interdicte) sondern unter gewissen Bedingungen auch dinglich (actio Publicana) schützten, dahin mogte allerdings das prätorische Eigenthum leiten; speciell aber erzeugte der oben (S. 82) erörterte unstreitig sehr häufige Fall einer gekauften Servitut ein praktisches Bedürfniß, und nachdem man diesem Gehör gegeben hatte, konnte nun Javolenus [57]) sagen: ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.» Mit den Interdicten war man also schon vorangegangen, nur schienen diese nicht mehr zureichend. Außer diesen und ähnlichen Fällen, hätte man noch sagen können, um das Beyspiel einer bonitarischen Servitut bey Provinzialgrundstücken als Muster abzulehnen: bey diesen könnten gar keine Servituten seyn, wenn wir keine per tuitionem gelten lassen wollten; wir dagegen unter uns in Italien haben civile Bestellungsweisen, der quiritarische Eigenthümer kann sich dieser bedienen, der bonitarische kann

57) S. ult. D. de servitut. oben S. 82.

die Usucapion abwarten, oder sich von seinem Autor, der das ius quiritium behalten, wie bey der Manumission eines Sklaven, aushelfen lassen: freilich beym Testament war er am meisten in Verlegenheit. Auf jeden Fall führte also ein ganz anders wie bey den Provincialgrundstücken geeignetes Motiv zu diesem Schutz des Besitzes[58], und ließ man einmal diesen gelten, so war denn nun gar keine Ursache mehr, auch noch aus Verträgen allein schon Servituten entstehen zu lassen. Wo aber in einem seltenen Falle auch dieses Hülfsmittel nicht zureichte, nämlich weil der Gegenstand, woran eine Art von Servitut secundum placita contrahentium doch seyn sollte, gar nicht in commercio war, da muste man sich denn entschließen aus Noth eine obligatorische Servitut anzunehmen[59].

---

58) Daß hier grade die actio publicana gewählt wurde, war, wenn man auf die Materie sieht, sehr natürlich, da diese auch beym Eigenthum den Besitz schützte, und so kann man wohl sagen, diese Klage ist hier durch Besitz und Tradition, nicht wie Schmidtlein es darstellt, diese durch jene Klage hineingekommen. Sieht man aber auf die Form, so ist es eben so räthselhaft, wie diese hier ohne Fiction der Usucapion (Servituten konnten wenigstens seit der lex Scribonia nicht usucapirt werden) möglich war, da doch die Edictsformel darauf lautete L. 1. de Publ. act., als es räthselhaft ist, daß nach L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (s. oben not. 50.) der bonae fidei possessor eines Provincialgrundstücks die Klage anstellen konnte, denn hier eine zwiefache Fiction, auch noch die eines fundi italici, wie zuweilen ein peregrinus als civis romanus im Proceß fingirt wird, (Gajus IV. 37.), anzunehmen, dazu kann man sich denn doch am Ende nicht recht entschließen.

59) L. 13. D. communia praed. Ulpian. lib. 6. Opinion. Venditor fundi Geroniani, fundo Botroiano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium, aut in ius eorum succedentium, per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

Ueber das Justinianische Recht können wir uns kurz fassen. Es war schon ehemals eine höchst gewaltsame Auslegung, wenn man §. ult. I. de servitut praed.[60]) und §. 1. I. d. usufr.[61]) so verstand, als wäre die Tradition als eigentlicher Erwerbsact (modus acquirendi) vorausgesetzt, und sollte hier nur der vorhergehende Titel angegeben werden. Seitdem wir aber die Stelle im ächten Gajus[62]) haben, woraus die erste Institutionenstelle geformt worden ist, indem offenbar was von dem eigentlichen Erwerbact bey Provinzialgrundstücken dort gesagt worden, hier durch Weglassung dieser generalisirt worden, so kann man nicht mehr zweifeln, daß Justinian hier Pactiones et Stipulationes[63]) als einzigen allgemeinen, nun auch civilen Bestellungsact der Servituten unter Lebenden hat anerkennen wollen, und es ist wohl ganz richtig, wenn Schmidtlein und Michelsen ein Gewicht legen auf die Verwandlung des potest in debet, da dieß anzeigt, daß dieß nun nicht bloß in dem beschränkten Bezirk der Provinzialgrundstücke thunlich sey, sondern allenthalben geschehen müsse, wo man unter Lebenden eine Servitut hervorbrin-

---

60) Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

61) Sine testamento si quis velit usum fructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

62) oben S. 94. rc.

63) Freilich wenn Theophilus eine untrüglicher Auctorität wäre, so könnte seine Erklärung des §. 4. cit. alles wieder umstoßen, denn er behandelt dieß, als wenn unter pactio bloß ein persönliches Versprechen, die Dienstbarkeit niemals zu verletzen, und unter stipulatio nur eine damit verknüpfte Conventionalstrafe darunter zu verstehen sey. Darnach müßte man denn entweder annehmen, daß hier blos von einer servitutischen obligatio die Rede sey, oder daß die stipulatio poenae ein dingliches Recht erzeugen könne, was beides gleich ungereimt wäre.

gen wolle. Die Absichtlichkeit der Veränderung ist um so wahrscheinlicher, da sie in §. 1. cit. abermals vorkommt. Dieser §. ist wohl ohne Zweifel aus L. 3. D. de usufr.[64]) excerpirt. Was hier im ursprünglichen Text von Provinzialgrundstücken gesagt wurde, wird wiederum im §. 1. der Institutionen generalisirt, dieß läßt schon, wie mich dünkt, gar keinen Zweifel mehr übrig, und wird nur noch bekräftigt durch L. 25. §. ult. D. de usufr., wo die Stipulation als modus acquirendi neben und hinter der Tradition vorkommt, und vermuthlich sogar absichtlich eingeschoben worden ist[65]). Sieht man denn auch noch die Stellen an, welche im Justinianischen Rechtskörper die Tradition bey Servituten näher bezeichnen, und wird gewahr, daß diese deutlich als besonders tuirte prätorische Servituten erzeugend dargestellt wird[66]) so ist ganz klar, daß diese als Bedürfniß nur in Betracht kommt, wo keine civile Servitut möglich ist, also, da das Eigenthum im Justinianischen Recht nun einfach ist, nur wenn ein Nichteigenthümer, ein Unbefugter die Servitut constituirte, und dieß doch relativ aufrecht erhalten werden soll.

Man würde dieß gelten lassen müssen, wenn es auch gar keine historische Erklärung davon gäbe; an dieser fehlt es freilich auch nicht. Justinian hatte allem Grund und Boden ius italicum gegeben[67]), dadurch war alles besondre Recht der Provinzialgrundstücke aufgehoben, und es kam nur darauf

---

64) Oben S. 110. 111.

65) Oben S. 112. not. 48.

66) L. 1. §. 2. D. de. S. P. R. Ulp. lib. 2. Institut. Traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. (oben not. 40.) L. 11. §. 1. D. de Publ. in r. act. (oben not. 52.) L. ult. D. de servitut. (oben S. 82) Vergl. L. 9. §. 1. D. usufr. quemadm. caveat.

67) L. un. C. de usucap. transf. §. 40. I. de R. D.

an, ob er nun auch das römische Servitutenrecht zu ihnen mit herüber ziehen wollte. Dieß war aber gar nicht mehr möglich, da die in iure cessio wegen des fehlenden magistratus im alten Sinn nicht mehr existirte[68]) er hätte also eine Errichtung vor der Obrigkeit, und außerdem bloß Schutz des Besitzers vorschreiben müssen; das muste ihm aber im Orient, wo Errichtung in Contracten, ohne gerichtliche Mitwirkung herkömmlich war, zu gewaltsam erscheinen, und der Orient war es doch ziemlich lange noch seit dem Anfang seiner Regierung, für den er allein Gesetze gab, und auch nachher blieb er das Hauptreich. Auch bey Personalservituten an beweglichen Sachen war hier gewiß eine längst schon vertragsmäßige Errichtung allein gebräuchlich, und so war nichts natürlicher, als daß Justinian nun diese allgemein als legitimum acquirendi modum annahm.

Wie man es damals in Italien gehalten, bleibt dabey noch im Dunkel. Die Accursische Glosse kann weder hierüber

---

68) Es ist gar nicht zu bezweifeln, zumal wenn man nun die Vaticanischtn Frgmente noch dazu nimmt, daß wo jetzt in den Pandekten cedere (usumfructum — servitutem) steht, oft im Original in iure cedere stand; allein hieraus läßt sich, nach meiner Meinung, nicht mit Sicherheit schließen, daß jetzt der Vertrag an sich modus acquirendi seyn sollte, denn das heißt nun nichts weiter als concedere und dieß kann auch faktisch gemeint seyn, die Ausübung gestatten (L. 31. init. D. de S. P. R.) so wie permittere ius esse ire agere (L. 34. eod.), es bezeichnet das Zugestehen, das Uebertragen der Servitut, von dem es denn ja eben noch zweifelhaft bliebe, wodurch es geschehe, wenn man es nicht sonst wüßte. Zuweilen muß es in diesem Sinne auch schon in alten Texten so vorgekommen seyn, und es ist gewiß nicht in allen in iure vor cedere ausgefallen, s. z. B. L. 2. §. 2. D. si servit. vindic. L. 10. D. de evict. L. 14. D. de S. P. R. Vergl. L. 21. mit 22. eod. und etwa auch noch L. 9. D. de servit.

durch einen Rückschluß, noch zunächst darüber, wie es zur Zeit der Glossatoren damit in Italien gehalten worden, einige Auskunft geben.

Ueber dieß alles, so wie wie über den usus modernus muß ich mich sehr kurz fassen, da der Raum der mir noch gestattet ist, mich auf wenige Worte beschränkt. Die Glosse zu §. 4. J. de servit. erklärt allerdings das pactionibus atque stipulationibus schon so, daß das erstere auf Verkauf oder Schenkung oder einen andern Contract, der nicht Verbalcontrakt sey, das letztere aber grade auf einen Verbalcontract gehe, und da kommt denn das obige[69]: spondes per te non fieri? vor. Da im Anfange gesagt wird: so sey dem Nachbar eine Servitut zu constituiren, so liegt hierin, wenn man das Wort constituere im ächten Sinn nimmt, allerdings schon die Zimmern'sche Behauptung, daß sich auf diese Weise durch Häufung der Obligationes, wenn die letzte nur eine Stipulation ist, ein dingliches Recht erzeugen lasse, und diese zusammen mit der obigen Erklärung des Theophilus mögen dazu Veranlassung gegeben haben. Allein in der Glosse zu L. 1. D. quib. mod. ususfr. wird der Verkauf einer Servitut wieder mit der traditio (patientia) in Verbindung gebracht, so daß hierin und in der Vorstellung, dingliche Rechte müßten noch außer dem Titel einen modus acquirendi haben, die Quelle der lange in unsrer Jurisprudenz herschenden Theorie, daß die quasi traditio erst das dingliche Recht hervorbringe, zu suchen ist. Wie wenig die Glosse hier zuverlässig ist, wird man gewahr, wenn sie in der L. 1. das non vor iure als nicht erträglich wegwarf, und nun das iure zwar durch praetorio erklärt, aber dieß in keinen andern Gegensatz zu denken im Stande ist, als mit einem ususfructus durch Legat iure civili et directo constituirt, die von den Glossatoren nicht

69) S. 80.

benutzten Quellen konnten auch allein hierüber reinen Aufschluß geben. Wenn nun die Dogmatik sich bey uns für das Erforderniß der Tradition mehr oder weniger entschied, so folgt noch gar nicht, daß es in der Praxis so gehalten worden. Hätte man nun auf das Recht, was im Mittelalter regierte, daß Grundstücke so wenig partiell und eventuell, z. B. durch Setzung zu Pfand, als total und direct veräußert werden konnten, als nur vor Gericht, weiter fortgebaut, so würde dem Stoff nach etwas Aehnliches zum Vorschein gekommen seyn, wie die alte cessio in iure; denn Personal-Servitut an einer beweglichen Sache kommt bey uns, die wir keine Sklaven haben, nur äußerst selten vor. Wenn sich dieß aber auch nicht allenthalben geltend machte, oder nicht geltend erhielt, so ist doch eben so wenig zu erkennen, daß man immer zur Dinglichkeit eine Ausübung verlangte; vielmehr ward es gebräuchlich, Servituten in einem schriftlichen Contract unter Mitwirkung einer Obrigkeit oder eines Notars oder ohne diese zu errichten. Daß dieß auch in Frankreich gebräuchlich sey, ist wohl aus dem Code civil §. 1607 zu schließen, wornach die tradition des droits incorporels entweder durch Uebergabe der Urkunden über den Erwerbstitel (par la remise des titres) oder durch die Ausübung mit Bewilligung des Verkäufers geschieht[70]. Wo man sich auch hieran nicht bindet, da sollte man denn entweder nach particulärem Rechtsgebrauch auf Quasitradition halten, oder wo dieser fehlt, wie er meistens fehlen wird, da sollte man es denn mit einem mündli-

70) Es ist daraus aber nicht zu schließen, daß nach dem Code die Entstehung der Dinglichkeit von dem einen oder dem andern absolut abhängig sey, vergl. nur §. 690, wo titre gewiß nicht den schriftlichen Aufsatz bedeutet. Es ist ungefähr ein Wort wie Contract, was in der heutigen Sprache bald den Vertrag, bald die Urkunde darüber bedeutet. Vergl. §. 579. und vorzüglich der Analogie wegen §. 1138.

chen Vertrag wenigstens genau nehmen und im Zweifel eher eine obligatio ad servitutem constituendam, als eine servitus constituta darin finden. Allein im neuern Recht kommen noch die Hypotheken-Einrichtungen hier in besondern Betracht. Die Gesetzgebung hat, wie bekannt, auf alle Weise dahin gestrebt, den Credit durch Hypothekenbücher zu erleichtern und zu sichern. Wo die Servitut nicht sichtbar hervortritt, und das thut nicht einmal der ususfructus, da er äusserlich für Pacht angesehen werden kann, da können Collisionen mit spätern so gut als frühern Hypotheken entstehn und die Sicherheit dadurch gefährdet werden. Die preußische Gesetzgebung hat dieß nicht außer Acht gelassen, indem sie A. P. L. R. I. 22. §. 18. vorschreibt: »Grundgerechtigkeiten, welche den Nutzertrag des belasteten Grundstücks schmälern, und gleichwohl durch keine in die Augen fallenden Kennzeichen oder Anstalten angedeutet werden, muß der Berechtigte in das Hypothekenbuch eintragen lassen», während nach §. 13. und §. 16. Servituten andrer Art durch jede rechtsgültige Willenserklärung erworben und bestellt werden. Jenes ist freilich später, wenigstens so weit es die davon abhängige Dinglichkeit des Rechts betrifft, geändert worden. Der Nießbrauch ist I. 21. §. 5. von dem Besitze der Sache oder der Eintragung ins Hypothekenbuch abhängig gemacht, die Dinglichkeit desselben aber §. 3. darin gesetzt, daß er gegen jeden neuen Eigenthümer der belasteten Sache geltend gemacht werden könne, welcher sein Recht von dem Besteller des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts herleitet. Daß es hier einer Reform und einer vollständigen genauen Bestimmung noch bedürfe, kann wohl kaum bezweifelt werden. Das Oesterreichische Landrecht unterscheidet §. 480. 481. zwischen dem Titel und der Erwerbart (modus acquirendi) und bestimmt die letztere bei Dienstbarkeiten so, daß »das dingliche Recht auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf solche Gegenstände, die in öffentlichen Bü-

chern eingetragen sind, nur durch die Eintragung in dieselben solle erworben werden können.» Wegen der übrigen Sachen wird auf §. 426—428. verwiesen. Da aber nur Personalservitut an beweglichen Sachen seyn kann (§. 473. 484), so weiß man nicht recht, ob §. 426 (körperliche Uebergabe, inducere in fundum, rem utendam tradere) oder §. 427. (Uebergabe durch Zeichen, Einhändigung der Urkunden u. s. w.) oder alternativ beide, darauf anzuwenden seien; §. 428. läßt sich auf deductio beziehen.

Ueber
die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen.

Von

Herrn Professor Unterholzner in Breslau.

---

§. 1.

Der in der römischen Eigenthumslehre vorkommende Unterschied zwischen Eigenthum ex jure Quiritium und in bonis esse ist bekannt genug[1]. Sonst mochte man geneigt sein, diese Verschiedenheit für eine uralte römische Rechtseinrichtung zu halten: aus Gajus (II. 40.) erfahren wir aber, daß diese Unterscheidung neueres Ursprungs ist, freilich ohne daß die Zeit in welcher sie sich gebildet hat, näher bestimmt würde. Zu gleicher Zeit berichtet Gajus (II. 41.) was wir freilich schon aus Ulpian (I. 16.) wußten, daß ein in bonis esse entsteht, wenn eine res mancipi durch einfache Uebergabe, ohne Anwendung der mancipatio oder in jure cessio veräußert wird. Es wird zu untersuchen sein, ob es noch andere Fälle giebt, in welchen ein in bonis esse entsteht. Der wichtigste Fall scheint bei dem bonorum possessor (cum re) ange-

---

1) Theophilus (ad §. 4. J. de libertin. 1. 5.) nennt das quiritische Eigenthum *dominium legitimum* oder *dominium jure Quiritium;* das in bonis esse aber *dominium naturale* oder *bonitarium.* Der Ausdruck *dominus legitimus* kömmt schon bei Varro (de re rust. 11. 10.) vor, wo er ohne Zweifel den quiritischen Eigenthümer bezeichnet.

nommen werden zu müssen. Zwar nennt Ulpian das dem bonorum possessor beizulegende Recht ein dominium[2]): aber an ein Eigenthum nach quiritischem Rechte darf wohl schwerlich gedacht werden, so lange nicht die usucapio vollendet ist; denn es ist allenthalben sichtbar, wie das Recht des bonorum possessor auf einer tuitio praetoris beruht, und keinesweges geradezu die dem eigentlichen Erben zukommenden Rechte verleiht, wenn auch für die Gleichstellung des bonorum possessor mit dem wirklichen Erben auf alle Weise gesorgt ist.[3]) Dasselbe finden wir bei dem bonorum emtor; denn auch die durch den Prätor Publius Rutilius eingeführte bonorum venditio bewirkt nicht geradezu einen der Erbfolge zu vergleichenden Vermögensübergang, obgleich dem bonorum emtor ein ähnlicher Schutz von den Gerichten zu Theil wird, wie er bei dem wirklichen Erben Statt findet (Gaj. IV. 35).[4]) Sodann ist wohl mit ziemlicher Sicherheit der Fall hieher zu rechnen, wo ein Sklave eines Vergehens halber (ex causa noxali) in Anspruch genommen und von dem Herrn nicht vertreten wird; so daß dem Kläger von der Gerichtsobrigkeit die Heimführung des Sklaven erlaubt wurde. In der L. 26.

---

2) L. 1. D. de bon. poss. (37. 1.): »Bonorum possessio ... dominium rerum ... tribuit.»

3) Ich erinnere an die possessoria hereditatis petitio, welche dem bonorum possessor gegeben wurde (vergl. Dig. V. 5.) und an die utiles actiones, welche in Beziehung auf die erbschaftlichen Schuldverhältnisse theils für, theils gegen den bonorum possessor eingeführt sind. Daß Varro (de re rust. II. 10.) bei Aufzählung der Weisen, wie man »dominus legitimus» werden könne, ausdrücklich sagt »si hereditatem *justam* adiit,» ohne der bonorum possessio zu erwähnen, mag ebenfalls als Grund geltend gemacht werden.

4) Doch darf nicht verschwiegen werden, daß diesen Gründen das Zeugniß des Varro (de re rust II. 10.) entgegensteht.

§. 6. D. de noxal. act. (9 4.) heißt es ausdrücklich: «Jussu enim praetoris ductus in bonis fit ejus qui duxit.» Fast das Nämliche steht in l. 2. §. 1. D. si ex noxali causa agatur (2. 9.). Nun hat freilich der Ausdruck in bonis esse eine allgemeine Bedeutung, und bezeichnet alsdann das Vermögensrecht überhaupt: es ist aber doch wahrscheinlich, daß in den angeführten Stellen der Ausdruck ursprünglich im engern Sinne gebraucht war, wenn er gleich für das justinianische Recht diese Bedeutung nicht mehr behalten konnte; und so läge dennoch in diesen Stellen ein Beweis für die Behauptung, daß man durch eine solche Heimführung nicht das quiritische Eigenthum, sondern nur ein in bonis esse erlangte. Dieses ist nämlich der Natur der Sache ganz angemessen; denn der Sklave war eine res mancipi, und konnte daher durch eine bloße Uebergabe den quiritischen Eigenthümer nicht ändern. Als ein in jure cedere konnte aber das hier vorkommende Verfahren deßwegen nicht gelten, weil der Kläger den Sklaven gar nicht als sein Eigenthum in Anspruch genommen hatte. Endlich wird noch die missio in possessionem erwähnt werden müssen, welche wegen drohenden Schadens (de damno infecto) durch wiederholte obrigkeitliche Verfügnng (ex secundo decreto) ausgesprochen wird. Da diese bei Grundstücken, also bei res mancipi vorkam; so ist es ganz unwahrscheinlich, daß die obrigkeitliche Einweisung in den Besitz, welche doch füglich nur als eine Uebergabe betrachtet werden konnte, ein quiritisches Eigenthum gegeben haben sollte [5].

---

5) Eine Andeutung, daß hier nur ein in bonis esse entstand, welches sich erst durch usucapio in quiritisches Eigenthum verwandeln mußte, liegt in l. 5. pr. D. de damno infecto (39. 2.). Dort heißt es: Praetoris officium est, ut missus et possessionem etiam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit.» (Paulus selbst schrieb wahrscheinlich: «... biennio usucapere possit.) » Ferner in der l. 15. §. 16. D. ibid.: »Julianus

§. 2.

Eine besonders wichtige Untersuchung, zu welcher wir hier geführt werden, ist, ob in den Fällen, wo die Erwerbung des Eigenthums nicht dem jus civile eigenthümlich, sondern in dem jus gentium begründet ist, ein quiritisches Eigenthum entstehen könne, oder ob ein bloßes in bonis esse begründet werde. Die Gründe, aus welchen man das letzte zu behaupten geneigt sein möchte, sind folgende: 1. Ulpian (XIX. 2.) führt die Erwerbungsarten des dominium auf, ohne die gemeinrechtlichen Erwerbungsarten (Besitznahme herrnloser Sachen, Umgestaltung einer Sache, Vereinigung derselben mit einer andern u. dgl.) auch nur mit einem Worte zu erwähnen. Da man nun nicht annehmen könne, daß Ulpian so sehr unvollständig bei seiner Aufzählung verfahren sei; so sei zu glauben, er habe bloß die Erwerbungsarten des quiritischen Rechts aufzählen wollen: dann folge aber, daß jene gemeinrechtliche Erwerbarten nichts weiter als ein in bonis esse begründen konnten. 2. Auch

---

scribit, eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere (ursprünglich usucapere, oder biennio usucapere), quam secundo decreto a praetore dominus constituatur.» Sodann l. 15. §. 27. ibid.: sed in vectigali praedio si municipes non caverint; dicendum est, dominium per longum tempus acquiri. (Auch hier mochte Ulpian geschrieben haben: »usucapione acquiri.») Vergl. l. 15. §. 26. ib. Vollständig beweisend sind diese Stellen deshalb nicht, weil die usucapio auf jeden Fall von Wichtigkeit sein konnte: auch wenn wir annehmen, daß die missio in possessionem mehr als ein bloßes in bonis esse zu begründen im Stande war. Es konnte ja sein, daß die missio in possessionem gegen einen Nichteigenthümer erkannt war, und dann konnte natürlich auf keinen Fall mehr als ein Recht des redlichen Besitzes dem missus in possessionem zu Theil werden. Für das justinianische Recht müssen wir auf jeden Fall den Stellen diese Beziehung geben.

Varro (de re rust. II. 10.) obgleich in der Aufzählung der Rechtsgründe, welche den Erwerber einer Sache zum »dominus legitimus« machen, von Ulpian einigermaßen abweichend, stimme doch darin mit ihm überein, daß er keine Erwerbungsgründe anführt, welche dem jus gentium angehören. — Dagegen läßt sich erinnern. 1. Wenn das quiritische Eigenthum ein den Römern eigenthümliches Recht war; so folgt daraus noch keineswegs, daß nicht in Ansehung der Erwerbung das römische Recht zum Theil mit dem jus gentium (jus naturale) hätte übereinstimmen können: vielmehr dürfen wir die Unterscheidung zwischen Erwerbungsarten, die dem römischen Recht eigenthümlich sind, und zwischen solchen, welche dem gemeinem Rechte angehören, als eine höchst natürliche erwarten. 2. Gajus, nachdem er von der mancipatio, in iure cessio, traditio, und usucapio gesprochen hat, bemerkt (II. 65.) »Ergo ex his, quae diximus, apparet, quaedam naturali jure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum.« Hier steht also die traditio als eine dem jus naturale angehörende Erwerbart in gleichem Range neben denjenigen, welche dem jus civile angehören. Die traditio ist freilich durch das jus civile in ihrer Wirksamkeit beschränkt, so daß sie bloß bei den res nec mancipi eine Erwerbungsart des Eigenthums ist: aber in dieser Beschränkung ist sie ganz eben so wirksam wie bei den res mancipi die mancipatio oder in jure cessio[6].

---

6) Ulp. XIX. 8. »Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum autem dominia ipsa traditione apprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis.« Vergl. Gaj. II 19. 20. Daß bei Ulpian bloß das quiritische Eigenthum gemeint sein kann, wenn er sagt: »Harum autem dominia ipsa traditione apprehendimus,« ergiebt sich schon daraus, weil sonst die traditio keine *propria* alienatio rerum nec mancipi

Gajus fährt nun (II. 66.) weiter fort: »Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione acquiruntur.« Und nun erwähnt er die Besitzergreifung herrnloser Sachen (II. 66. 67.) Dann bemerkt er (II. 69): »Ea quoque quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.« Ferner (II. 70): »Sed et id, quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure (nämlich naturali) nostrum fit.« Er geht sodann auf das Errichten eines Gebäudes über (II. 73,), und belehrt uns, daß es »naturali jure« dem Eigenthümer des Grund und Bodens gehöre. Dasselbe behauptet er in Beziehung auf das Bepflanzen und Besäen (II. 74. 75.). Nachdem er nun Untersuchungen über das Schreiben und Malen angestellt hat (II. 77. 78.), fährt er (II. 79.) fort: »In aliis quoque speciebus naturalis ratio idem requirit,« und nun handelt er noch von verschiedenen Fällen, wo durch Umgestaltung Eigenthum erworben wird [7].

---

sein könnte: denn das in bonis esse entsteht ja auch bei den res mancipi durch traditio. Einige sind so weit gegangen, daß sie behauptet haben, es sei bei den res nec mancipi gar kein quiritisches Eigenthum möglich. Diese Behauptung ist aber entschieden falsch. Denn 1. ist die usucapio (die doch gewiß immer quiritisches Eigenthum gibt) eine Erwerbart, welche sowohl bei den res mancipi als auch bei den res nec mancipi eintritt (Ulp. XIX. 8.). Es ist entschieden, daß auch res quae pondere, numero et mensura continentur (und dieses sind doch immer res nec mancipi) per vindicationen vermacht werden können, (Ulp. XXIV. 7.) während es eben so gewiß ist, daß nur solche Sachen, die sich im quiritischen Eigenthum des Erblassers zur Zeit des Todes befinden, per vindicationem Gegenstand eines Vermächtnisses werden können (Ulp. ibid.).

7) Die Justinianischen Institutionen und die uns in den Pandekten aufbewahrten Bruchstücke (Dig. XLI. 1) drücken sich ganz eben so aus wie die so eben aus Gajus angeführten Stellen. Man konnte aber vor der Auffindung des Gajus nicht mit voller

Nirgends findet sich die geringste Spur, als ob Gajus in allen diesen Fällen bloß ein in bonis esse hätte anerkennen wollen.

Im Gegentheil erklärt sich derselbe Gajus in einer Pandektenstelle, wenigstens in Beziehung auf das Recht des Grundeigenthümers an dem auf seinem Grunde errichteten Gebäude, mit aller nur möglichen Deutlichkeit, daß hier das naturale jus mit dem jus civile in der Wirkung völlig zusammentrifft.[6]) 3. Es hat auch in der That große innere Schwierigkeiten, wenn man den Satz durchführen will, bei den Erwerbungsarten juris gentium sei nichts weiter als ein in bonis esse entstanden. Wie sollten diese Grundsätze auf das Besäen eines Feldes angewendet werden? Sollte man das auf dem Felde stehende Getreide mit einem andern Rechte besessen haben, als den Grund und Boden? So ist es auch undenkbar daß man die Anschwemmungen nicht mit quiritischem Eigenthumsrechte besitze, während man das alte Gruudstück mit quiritischem Eigenthumsrechte besitzt. Auch müßte um die usucapio hier anwenden zu können, für jedes angeschwemmte Theilchen der Anfangspunkt der usucapio besonders bestimmt werden: das ist aber bei der Unmerklichkeit des Zuwachses nicht thunlich. 4. Es ist insbesondere gar nicht glaublich, daß nicht an den vom Feinde erbeuteten Sachen sofort quiritisches Eigenthum entstanden sei. Sagt uns ja doch Gajus (IV. 16. a. E.): „Festuca autem utebantur (nämlich die Römer der alten Zeit) quasi hastae loco, signo quodam justi

Sicherheit aus ihnen Schlüsse ziehen, weil es möglich war, daß man aus Rücksicht auf den weggefallenen Unterschied zwischen quiritischem Eigenthum und zwischen in bonis esse Aenderungen vorgenommen hatte.

6) L. 2. D. de superficiebus (43. 18): »Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.«

dominii; *maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent:* unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur.“ Wie schlecht wäre es auch in der ältesten Zeit, wo es noch gar kein in bonis esse gab, und wo auch für den Schutz des redlichen Besitzes noch nicht vollständig gesorgt gewesen zu sein scheint, mit der Sicherheit einer solchen gegen den Feind gemachten Erwerbung bestellt gewesen. Der Erwerber hätte sich in dem ersten Jahre seines Besitzes mit der einem jeden Besitzer zukommenden Rechtshilfe begnügen müssen. 5. Die Unwahrscheinlichkeit, daß namentlich bei beweglichen Sachen eine Erwerbung des Eigenthums ohne usucapio fast gar nicht möglich gewesen wäre, weil die ursprünglichen Erwerbarten dem jus gentium angehören (wenn wir etwa die venditio sub corona ausnehmen), soll nicht allzu hoch angeschlagen werden: aber ganz ohne Gewicht wird sie bei Demjenigen, der sich durch seinen gesunden Menschenverstand leiten läßt, gewiß nicht sein. 6. Der aus Ulpian (XIX. 2.) hergenommene Grund verliert fast alles Gewicht, wenn man bedenkt, daß es dem Verfasser bei seiner kleinen Schrift hauptsächlich darauf ankam, die eigentlich positiven Sätze des römischen Rechts zusammenzustellen, welche dem Gedächtniß durch wiederholtes Durchlesen eingeprägt werden mußten. Das jus naturale wird diesem Zwecke gemäß nur selten berücksichtigt. Daher berührt denn auch Ulpian bei Aufzählung der Erwerbungsarten des Eigenthums nur diejenigen, welche eigenthümliches römisches Recht sind. Die Uebergabe durfte er freilich auf keinen Fall übergehen, denn es war hier wenigstens die eigenthümlich römische Beschränkung derselben auf die res nec mancipi zu bemerken. 7. Noch weniger beweist die Stelle des Varro (de re rust. II. 10.). Varro will bloß angeben, wornach derjenige, welcher einen Sklaven kauft, zu beurtheilen habe, ob er auch wirklich von einem Eigenthümer kaufe. Diesem Zwecke gemäß hätte er von allen Erwerbarten, die aus dem jus gentium herstam-

men, nur eine anführen können, die sklavische Geburt. Aber auch Varro scheint es als so allgemein bekannt vorauszusetzen, daß der Eigenthümer der Sklavin auch Eigenthümer des Kindes sei, daß er die Bemerkung überflüssig gefunden hat.

Alle diese Zeugnisse, die allerdings den zwölf Tafeln nicht eben sehr nahe stehen, lassen sich freilich beseitigen, wenn es darum zu thun ist, auf der Grundlage bloßer Vermuthungen ein Gebäude des römischen Rechts aufzubauen, wie es zur Zeit der zwölf Tafeln gewesen sein soll: was z. B. Ballhorn (über dominium S. 119.) thut. 9) Aber es ist die Frage, ob es uns etwas helfen kann, wenn wir die Forschungen in eine vorgeschichtliche Zeit hinein ausdehnen, die nicht mehr ein Beweisen, sondern nur ein Rathen erlaubt. Uns genüge es, bewiesen zu haben, daß, so weit wir zurückgehen können, ohne den geschichtlichen Boden zu verlassen, die Erwerbung des quiritischen Eigenthums nicht bloß durch die im jus civile begründeten Erwerbungsarten, sondern eben sowohl durch Erwerbungsarten juris gentium begründet werden konnte.

§. 3.

Der rechtliche Unterschied zwischen dem in bonis esse und dem quiritischen Eigenthum zeigte sich, insoweit wir ihn nachweisen können, in folgenden Punkten. 1. In der Fassung der Klage. Nur wenn auf den Grund des quiritischen

---

9) Ballhorn (über dominium S. 83. fg.) nimmt insbesondere auch an, daß ursprünglich alle Sachen res mancipi gewesen sind. »Denn daß die einfache Uebergabe an einer Sache irgend einer Art bereits in den ersten beiden Jahrhunderten nach den zwölf Tafeln Eigenthum gegeben, wissen wir wenigstens durchaus nicht.« (Folgt aber daraus, daß unsere Zeugnisse nicht so weit reichen, die Wahrheit des Gegentheils?)



Eigenthums geklagt wurde, konnte natürlich die intentio geradezu auf das meum esse ex jure Quiritium gerichtet, und (wenn insbesondere das Verfahren vermittelst einer sponsio in den Weg einer persönlichen Klage geleitet wurde) das meum esse ex jure Quiritium zur Bedingung der sponsio gemacht werden. [10]) Ob das Eigenthum jure gentium oder jure civili erworben worden war, hatte auf die Eigenthumsklage keinen Einfluß: denn es ist ja gezeigt worden, daß in beiden Fällen quiritisches Eigenthum entsteht. [11]) Ueber die Beschaffenheit derjenigen dinglichen Klage, welche aus dem in bonis esse Statt findet, können wir freilich nur Vermuthungen aufstellen: es scheint aber doch, daß es möglich ist,

---

10) Vgl. Gaj. IV. §. 91. u. fg. Im §. 91. wird eine doppelte in rem actio unterschieden. „Aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem.“ Im §. 92. heißt es: „Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit, rem suam esse.“ (Ein Theil dieser formula, derjenige nämlich, welcher die intentio heißt, findet sich bei Gaju's II. 4. a. E. „Si paret, hominem *ex jure Quiritium* Auli Agerii esse.“) Im §. 93. heißt es: „Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIUM XXV NUMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dari oportere. qua formula demum vincimus, si probaverimus, rem notram esse.“ Beide Formen der in rem actio paßten also, wie man aus diesen Formeln sehen kann, für die Geltendmachung des quiritischen Eigenthums.

11) Eine Hindeutung auf die Einerleiheit der Klage scheint zu liegen in l. 23. D. de rei vind. (6. 1.): „In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit.“ So würde Paulus sich schwerlich ausgedrückt haben, wenn auch nur in der Fassung ein Unterschied gewesen wäre.

ihnen einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu geben. Zu der Zeit, wo die legis actiones im gerichtlichen Verfahren herrschend waren, hat es vielleicht noch gar kein in bonis esse gegeben: es wäre daher sehr gewagt, wenn wir untersuchen wollten, in welcher Art die legis-actiones hier angewendet worden seien. Was dagegen das neuere Verfahren per formulam betrifft, so scheinen die so häufig dabei vorkommenden fictiones auch für die Fälle des in bonis esse die nöthige Aushilfe gewährt zu haben. Wenn also z. B. ein Grundstück durch einfache Uebergabe ohne mancipatio erworben war; so lautete wahrscheinlich die formula also: SI QUEM FUNDUM AULUS AGERIUS EMIT QUIQUE EI TRADITUS EST, MANCIPIO ACCEPISSET, TUM SI EUM FUNDUM, DE QUO AGITUR EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET u. s. w. (Vgl. Gaj. IV. 36.). Bei dem bonorum possessor wurde die Erbfolge durch fictio ergänzt (vergl. Gaj. IV. 34.); eben so bei dem bonorum emtor (vergl. Gaj. IV. 35.). Bei dem Sklaven, qui jussu praetoris ductus est, und bei dem Grundstück, was man durch eine wiederholte missio in possessionem besitzt, würde etwa anzunehmen sein, daß man eine in jure cessio fingirt habe. Bei der Umwandlung, welche das gerichtliche Verfahren seit Diocletian erlitten hat, mußte natürlich diese in den Formeln hervortretende Verschiedenheit des quiritischen Eigenthums und des in bonis esse von selbst wegfallen. 2. Nur bei Gegenständen, an welchen man ein quiritisches Eigenthum erworben hat, ist ein legatum per vindicationem möglich (Ulp. XXIV. 7.): außerdem nur ein legatum per damnationem, und allenfalls sinendi modo (Ulp. XXIV. 7. 8.). Dieser Unterschied ist ziemlich unwichtig geworden, seitdem das SC. Neronianum ein solches legatum, wenn es per vindicationem nicht bestehen konnte, als ein legatum per damnationem gelten ließ (Ulp. XXIV. 11. a). Als Justinian im J. 529 n. Chr. die Verschiedenheiten der

legata überhaupt aufhob, verschwand natürlich dieser Unterschied des quiritischen Eigenthums und des in bonis esse von selbst. 3. Bei Sklaven insbesondere zeigt sich noch die Verschiedenheit, daß man nur solche Sklaven, die man mit quiritischem Eigenthum besaß, zur vollen Freiheit führen konnte, während Sklaven, die man bloß in bonis hatte, durch die Freilassung nur zur latina libertas gelangen konnten (Ulp. I. 16). Dieses war unstreitig unter den uns bekannten Verschiedenheiten die wichtigste; denn es konnte dem Herrn nicht gleichgültig sein, ob er es in seiner Gewalt habe, den Sklaven mit voller, oder nur mit halber Wirkung frei zu lassen: und hätte nicht der Ablauf der kurzen Verjährungszeit den Mangel bald ersetzt; so wäre der Unterschied noch wichtiger gewesen. Dieser Unterschied blieb, bis Justinian (l. un. C. de nudo jure quirit. tollendo. 7. 25.) das in bonis esse für ein vollständiges quiritisches Eigenthum erklärte. Als dieser Kaiser bald darauf (l. un. C. de latina libert. toll. 7. 6, vom J. 531. n. Chr.) die latina libertas ganz allgemein aufhob, und in den Fällen, wo sie bisher Statt gefunden hatte, die volle Freiheit eintreten ließ, würde, auch abgesehen von jener ausdrücklichen Zusammenschmelzung des quiritischen Eigenthums und des in bonis esse, diese Verschiedenheit völlig bedeutungslos geworden sein.

§. 4.

Mit dem Recht des in bonis esse darf nicht vermischt werden das Recht des redlichen Besitzes (bonae fidei possessio). Zwar wird auch der redliche Besitzer vermittelst einer fictio der Eigenthumsklage theilhaftig. Das Edict des Prätors bestimmte nämlich: SI QUIS ID QUOD TRADITUR EX IUSTA CAUSA NON A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETET IUDICIUM DABO (l. 1. pr. D. de publ. in rem act. 6. 2.). Darnach gestaltete sich die formula actionis in der Art, wie wir sie bei Gajus

(IV. 36.) finden: SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT QUIQUE EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET u. s. w. Auch hier wurde also die itentio auf das meum esse ex jure Quiritium gerichtet; damit dieses aber möglich wäre, die Fiction der vollendeten usucapio eingeschoben. Diese dingliche Klage, publiciana in rem actio genannt, war aber natürlich von derjenigen, welche bei dem in bonis esse Statt fand, sehr verschieden; denn während diese auch gegen den Eigenthümer wirksam war, so daß dessen Recht in ein nudum jus Quiritium verwandelt wurde, [12] ist dieses bekanntlich bei der publiciana in rem actio, einige Ausnahmen abgerechnet, keinesweges der Fall. [13] Auch bei der Erwerbung durch den Sklaven tritt der wesentliche Unterschied

---

12) Schon Gajus (III. 166.) nennt das quiritische Eigenthum, insofern es von dem in bonis esse getrennt ist, ein nudum jus Quiritium. Zwar konnte der quiritische Eigenthümer sein Recht auf denjenigen übertragen, der die Sache in bonis hatte; und eine solche Uebertragung konnte für den letzten Vortheile gewähren: aber darum ist es nichts desto weniger wahr, daß an sich das quiritische Eigenthum ein nudum jus war.

13) Zu den Ausnahmen gehören insbesondere die Fälle, wo die Publicische Klage als eine rescissoria actio vorkömmt (l. 57. D. mandati. 17. 1; — l. 9. §. 4. D. quod met. causa. 4. 2. vergl. mit l. 35. D. d. oblig. et act. 44. 7.) Sodann sind hier noch zu erwähnen die Fälle, wo die exceptio rei venditae et traditae Anwendung findet (vergl. Dig. XXI. 3.) Sieht man auf die Wirkung; so ist in diesen Fällen ein in bonis esse und nicht ein bloßes bona fide possidere vorhanden. Sieht man aber auf die Begründung des Rechts; so ist der zufälligen Befestigung desselben ungeachtet, denn doch nur ein bona fide possidere anzunehmen. Daher finden wir auch in der l. 2. D. de exc. rei vend. et trad (21. 3.) die Publicana erwähnt.

ein, daß dem Herrn, welcher den Sklaven in bonis hat, alle Erwerbungen des Sklaven ohne Theilnahme des quiritischen Eigenthümers zufallen; während der redliche Besitzer nur zweierlei durch denjenigen erwirbt, den er als Sklaven besitzt: »id est quod ex re nostra, et quod ex operis suis acquirit.« Gaj. II. 88. 92; Ulp. XX. 20. 21). Daher läßt sich auch nicht nachweisen, daß die bonae fidei possessio nach römischer Ansicht zum Eigenthum gerechnet worden wäre; während es ausgemacht ist, daß man das in bonis esse als eine Art des Eigenthums betrachtet hat (Gaj. II. 40).

§. 5.

Auch mit dem Rechte, welches an den fundi provinciales zu der Zeit Statt fand, als diese noch als Eigenthum des römischen Volks oder des Kaisers angesehen wurden, (Gaj. II. 7. 21.) möchte ich das in bonis esse nicht zusammenwerfen; obgleich eine große Aehnlichkeit nicht zu verkennen ist (vergl. von Savigny's R. d. Bs. S. 82—84). Der Ausdruck in bonis esse ist hier nicht gebraucht; sondern Gajus begnügt sich zu sagen, es habe daran possessio et ususfructus Statt gefunden (II. 7): woraus man fast schließen möchte, daß es an einem eigentlichen römischen Kunstausdrucke gefehlt habe[14]). Die bei dem in bonis esse vorkommenden fictiones scheinen für die Klagen über einen fundus provincialis nicht gepaßt zu haben. Man kann annehmen, daß man in der formula actionis eine fictio eingeschoben habe, zufolge deren dem fundus provincialis die Eigenschaft eines praedium in italico solo angedichtet wurde: wenigstens entspricht dieses ganz dem Verfahren, was Statt fand, wenn

14) Theophilius (ad §. 40. J. de re divis. 2. 1.) drückt sich fast eben so aus, wie Gajus. Die Besitzer hätten gehabt »χρῆσιν ἐπικαρπίαν καὶ πληρεστάτην κατοχὴν.« Vergl. *Simplic.* ap. Goes. S. 76.

man eine actio, welche an und für sich auf römische Bürger berechnet war, auf Nichtrömer anpaßen wollte, wo ebenfalls den Nichtrömern die civitas Romana angedichtet wurde (Gaj. II, 37). Damit hängt die Möglichkeit zusammen, auch die Publicana actio hier anzuwenden (l. 12. §. 2. D. de publ. in rem act. 6. 2.), welche doch, wegen der in ihr liegenden Erdichtung einer abgelaufenen usucapio, auf Grundstücke die keine usucapio zulassen, eine Anwendung gar nicht verstattet zu haben scheint. In Verbindung mit einer andern fictio, wodurch der fundus provincialis als praedium in italico solo fingirt wurde, ist dieses sehr erklärlich[15]. — Mit dem Recht an den fundi provinciales muß übrigens das Recht an dem italischen ager publicus (den latifundia), wie es in der ältern Zeit vorkömmt, zusammengestellt werden. Es war dem Wesen nach ganz dasselbe: Das römische Volk hatte das Eigenthum; der Einzelne den Besitz und Genuß[16]. Insofern übrigens dieser Besitz des ager publicus in eine sehr alte Zeit hinaufreicht, wo die actiones per formulam gewiß nicht üblich waren, und wir sehr zweifeln müssen, ob das Verfahren im Wege der legis actiones eine Anpassung der Eigenthumsklage auf diesen Besitz des ager publicus erlaubt habe; so besteht die von mir aufgestellte Ansicht über die hier zu vermuthende fictio und dadurch bewirkte Anwendbarkeit der dinglichen

---

15) Man wird vielleicht sagen: dieser Umschweif sei nicht nöthig. Die publiciana in rem actio fand ja auch beim usufructus Statt (l. 11. §. 1. D. de publ. 6. 2.), wo doch auch keine fictio usucapionis Statt finden konnte. Aber warum nicht? die fictio konnte hier darauf gehen, es sei die Bestellung des usufructus erfolgt, nachdem der Bestellende die usucapio vollendet hatte: dadurch wurde die Klage eine Publiciana.

16) Ueber die hier als Kunstausdrücke vorkommenden Benennungen possessio, possessor und possidere siehe von Savigny's Recht d. Bes. S. 150. 151.

Eigenthumsklage recht wohl mit von Savigny's Vermuthungen, welcher annimmt, daß in Ermangelung einer andern Rechtsform für den ager publicus die Interdicte erfunden worden seien (Recht. d. Bes. §. 12 a.) —.

§. 6.

Aus diesen Untersuchungen ergiebt sich, daß man in der Eigenthumslehre unterscheiden muß; das quiritische Eigenthum, das in bonis esse, das Recht an dem fundus provincialis, das Recht an den latifundia und die bonae fidei possessio: des einfachen Eigenthumsbesitzes gar nicht einmal zu gedenken. Will man nun das in bonis esse, mit dem Recht an dem fundus provincialis unter dem gemeinschaftlichen Begriff eines dominium juris gentium zusammenstellen; so möchte dagegen wenig zu erinnern sein: nur wird man doch wohl thun, nicht zu vergessen, daß der Ausdruck unrömisch ist. Auch das Recht an den latifundia kann freilich als dritte Art angereiht werden. Das bona fide possidere ist dagegen auf jeden Fall zu trennen: es ist überhaupt kein wirkliches Eigenthum mehr, sondern ein Eigenthumsbesitz, welchem der dem Eigenthum zukommende Schutz in einen unvollkommenen Maaße zu Theil wird.

Hoffentlich wird man es billigen, daß ich es bei diesen Untersuchungen sorgfältig vermieden habe, bis zu den dunklen Zeiten zurückzugehen, in welchen sich alle geschichtliche Spuren verlieren, und eine regellose Einbildungskraft an die Stelle sicherer Forschung tritt. Je mehr ich mir den Vorwurf machen muß, in früherer Zeit diesen Abweg allzu wenig vermieden zu haben, desto mehr ist es meine Pflicht einer solchen blinden Verwegenheit durch Warnung und Beispiel entgegenzuwirken.

Welche Wirkung tritt ein wenn der Usufructuar den Usus fructus an einen Extraneus in Jure cedirt?

von

Herrn Professor Puggé in Bonn.

Hätten wir zur Beantwortung dieser Frage nur die L. 66. *D. de jur. dct.* 1) so würde jeder wohl den Inhalt dieses Fragmentes, insoweit es hierher gehört, dahin angeben:

»der Eigenthümer eines Fundus bestellt den Usus fructus an diesem zur Dos, später wird die Ehe, wofür »die Dos gegeben war, getrennt, und nun entsteht die »Schwierigkeit wie der Mann den Usus fructus an »die Frau übertragen könne, durch in Jure Cessio »kann es nicht geschehen, denn diese findet mit Erfolg »nur an den Proprietar statt, cedirt man einem Extra»neus, so geht auf ihn nichts über, es ereignet sich »indeß Consolidation.«

1) L. 66. *D. de jure dotium.* Pomponius libr. VIII. ad Quintum Mucium. Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus, *usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis: et si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum:* quidam ergo remedii loco, etc.

Aber außer dieser Stelle beantwortet in dem justinianischen Rechtsbuch unsere Frage noch der §. 3. I. de usufructu[2]) dahin: es sey die Cessio an einen dritten ganz ohne Erfolg, eine Entscheidung die mit dem Inhalt des Pandecten-Fragments, wie ich denselben angab, geradezu in Widerspruch steht. Sämmtliche Interpreten dieser Stellen, schon von der Glosse an, haben nach einer Lösung dieses Widerspruchs gesucht. Das Resultat dieser Bemühungen sind vier verschiedene Erklärungen unserer Texte; zu dreyen bekennen sich ausser den Urhebern auch noch andere, zu einer ausser dem Urheber, Johann van de Water[3]) so viel ich weiß, niemand. Die Meinung dieses Schriftstellers ist folgende: Die Cessio des Ususfructus an einen Extraneus sey gültig; denn der Usufructuar könne ja sein Jus Ususfructus an einen dritten verkaufen, Venditio und in Jure Cessio seyen in ihren endlichen practischen Folgen, im justinianischen Recht aber ganz gleich[4]) und daher müsse man den Usufructuar zur in Jure Cessio seines Rechtes an einen Extraneus befugt halten. Für die Zeit der klassischen Juristen findet Water in den Fragmenten Ulpian's Tit. 19. §. 10. und 11. den schlagendsten Beweis daß die in Jure Cessio wirklich in dieser Anwendung vorgekommen sey. Was den Institutionen-Text betrifft, so spricht Justinian in dieser Stelle von der Beendigung des Ususfructus und unter dieser Rubrik erwähnt er der Consolidation, mit ihr sind auch die Worte »nam cedendo extraneo nil agitur« in Verbindung zu setzen,

---

2) §. 3. *I. de usufr.* — finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, *nam cedendo extraneo nihil agitur.*

3) *Joannis van de Water observat. jur. rom.* lib. III. Trag. Batav. 1713. p. 311. seqq.

4) *Cujac. ad.* §. 1. *I. de usu et habit.* und *Schulting ad. Ulp. fragm.* tit. 19. §. 11.

»Consolidation nämlich findet nicht statt durch in Jure Cessio des Ususfructus an einen Extraneus,« damit ist aber nicht ausgeschlossen der Uebergang des Ususfructus an den Extraneus selbst. Was endlich in der L. 66. cit. gesagt wird, ist nach unserem Schriftsteller eine Eigenthümlichkeit des dotalis Ususfructus.

Den übrigen drey Versuchen ist gemeinsam, daß sie die Worte der Institutionen »nihil agitur,« von einer Unwirksamkeit der Cession an den Extraneus verstehen, sie unterscheiden sich in der näheren Bestimmung der anderweitig mit der Cession verknüpften Folgen.

Nach einer Meinung[5]) bezieht sich der Ausdruck »nil agitur,« lediglich auf den Extraneus, das Pandectenfragment spricht von dem was in Bezug auf den Proprietar geschieht, und über diesen Punct schweigen die Institutionen. Nach einer andern Erklärung[6]) wird der Cession schlechterdings keine Wirkung beygelegt, es bleibt nach der Cession das Ganze in demselben Zustand in dem es früher war, die Institutionen drücken dies durch das »nil agitur« aus, Pomponius widerspricht nicht, wenn man nur den Satz »sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum« nicht auf den gegenwärtigen, sondern auf den Zeitpunkt bezieht, da mal der Ususfructus aus andern Gründen erlischt, etwa durch den Tod des Mannes, so daß man die Worte des Juristen übersetzen muß, der Ususfructus werde dermaleinst zurückfallen (*reversurum*). Endlich nach einem dritten Vereinigungsversuch[7]) wird der Institutionentext von einer absoluten Unwirksamkeit verstanden, die Stelle in den Digesten

5) cfr. Glück's ausführl. Erl. der Pandecten. Thl. 9. S. 223. not. 40.

6) Glück a. a. O. S. 224. not. 41.

7) Glück a. a. O. S. 225. not. 42.

aber so erklärt, wie wir es im Anfang dieser Zeilen thaten; jener für das Recht der Justinianischen Compilation, diese für das Recht der klassischen Zeit gehalten.

Dies ist der Zustand unserer Lehre vor der Entdeckung des Gajus gewesen. Jetzt kömmt zu den bisherigen Quellen Gaj. B. 2. §. 30.[8]) Aus dieser Stelle lernen wir wenigstens so viel Neues, daß wir uns von der Unrichtigkeit dreyer dieser Erklärungen aufs deutlichste überzeugen können

Was Waters Erklärung betrifft, so sehen wir aus den Worten bey Gajus »nihilominus jus suum retinet«, daß das »nil agitur« in den Institutionen nicht bloß eine Verneinung der Consolidation, sondern auch des Ueberganges an einen Extraneus ausdrückt, dasselbe liegt zwar schon in der Wendung des Theophilus «Ἐξωτικῷ γὰρ παραχωρῶν οὐδὲν πράττει, ἀλλὰ ἀνεργητός ἐςιν» aber diese Worte ließen immer noch eine andere Deutung zu. Nach dem jetzt unbezweifelbaren Sinn der Institutionen daß die Cessio schlechterdings unwirksam sey, ist Waters Theorie ohne daß man sich auf die Widerlegung der Reihe von Ungereimtheiten, worauf er seine Ansicht baut, einzulassen braucht, als beseitigt zu betrachten. Eben so ist auch die Erklärung derjenigen widerlegt welche die Worte »nil agitur« bloß auf den Extraneus beziehen, Consolidation aber allerdings nach Justinians Institutionen eintreten lassen. Endlich erweist sich auch der Versuch die Pandectenstelle als eine historische Notiz zu nehmen, den Institutionentext als das Justinianische

8) *Gaj.* lib. XII. §. 20. — — — Ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem: *alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi.*

9) *Theophilus* ad. §. 3. *J. de. usufr.*

Recht, als irrig, indem Gajus ein Zeitgenosse des Pomponius in seinen Institutionen schon die Behauptung, die in Jure Cessio des Usus fructus an einen Extraneus habe gar keine Folgen, vorträgt. Durch diese neue Quelle wird denn freilich keineswegs die Meinung derjenigen widerlegt, welche der in Jure Cessio gar keine Wirkung zuschreiben, und die Worte des Pomponius »sed ad dominum proprietatis reversurum,« auf eine gesetzliche Auflösung in Zukunft beziehen. Allein ich sollte meinen, daß der Usus fructus, wenn er noch nicht aufgehört hat, einstmal aufhören werde, bedarf doch in der That keiner besondern Erwähnung: könnte man sich aber auch darin finden, daß Pomponius dann mit recht klaren Worten so gut wie gar nichts gesagt hätte, so würde man ihm doch unmöglich zutrauen können, daß er Dinge die außer aller Verbindung mit einander stehen, hier zusammen gebracht habe, und das wäre wirklich der Fall, denn allemal konnte es in unserm Text nur Absicht seyn zu zeigen, was die in Jure Cessio augenblicklich wirke, nicht was nach ganz bekannter Regel einmal daraus werden würde, wenn sie jetzt nichts wirke. Müßte ich eine Uebereinstimmung der Stelle im Gajus und der Institutionen mit Pomponius annehmen, so würde ich eine Auskunft vorziehen, die mir nur aus mündlicher Mittheilung bekannt ist: man könnte in der Stelle des Pomponius bey sed die Worte, si a domino proprietatis cedatur suppliren. Jedoch ohne Noth kann ich mich hierzu nicht bequemen, da die Ergänzung nicht frey von Zwang ist, und der ganze Zusatz denn doch eine Wiederholung enthielte, die sich entbehren ließ. Ich glaube daß wirklich die Römischen Juristen über die Wirkung der in Jure Cessio im vorliegenden Fall verschiedener Meinung waren.

Die in Jure Cessio zerfällt bekanntlich in drey Acte, in die Behauptung dessen cui res in iure ceditur, in die stillschweigende oder ausdrückliche Entsagung des Veräußerers und endlich in die Zuerkennung des Magistratus.

Die Zuerkennung des Rechtes an den Extraneus in der vorliegenden in Jure Cessio konnte nicht aufrecht erhalten werden, weil das Jus Usus fructus an eine bestimmte Person gebunden ist, und daher seiner Natur nach unveräusserlich seyn muß; wohl aber konnte die Entsagung des Rechtes bestehen, und mußte bestehen, wenn man den Grundsatz »alles was vor dem Prätor geschehen ist, muß so weit als möglich aufrecht erhalten werden« consequent durchführen wollte. Dieser Grundsatz findet sich zwar, so viel ich weiß, nirgends geradezu ausgesprochen, aber in zwey mit dem unserigen Fall ganz analogen Verhältnissen ist er so deutlich befolgt, daß ich an seiner Existenz nicht zweifle. Die eine Analogie lernen wir bey der cessitia Tutela kennen. Der cessitius Tutor durfte die Tutel nicht an einen andern cediren, cedirte er nichtsdestoweniger dennoch, so gieng sie für seine Person unter und fiel auf den frühern legitimus Tutor zurück. Die Uebertragung der Tutel an den dritten, konnte eben so wenig bestehen wie die Uebertragung des Usus fructus an den Extraneus [10]), und

10) Freilich ist der Grund warum hier keine in Jure Cessio der Tutel statt fand, ein ganz anderer wie beym Usus fructus. Die in Jure Cessio der legitima Tutela kam ausnahmsweise nur bey der Geschlechts-Tutel vor, (Ulp. tit. XI. §. 8. Gaj. I. §. 171. u. 72.) aus Gründen die begreiflich machen warum die cessitia Tutela nicht weiter cedirt werden durfte. Ob die Cessio Tutelae insofern die legitima Tutela auf Agnaten beruht, nur an Agnaten geschehen konnte, lassen die Ausdrücke von Gajus und Ulpian zweifelhaft, Gothofredus zu L. 2. Th. C. *de tutoribus et curatoribus* vermuthet, man habe nur einem Agnaten die legitima Tutela cediren können, wofür auch spricht daß die cessitia Tutela durch Capitis Diminutio minima des Cessitius Tutor aufgelöst wird, was bei jeder anderen Tutel, die legitima Tutela abgerechnet, nicht der Fall war: indes man sollte

deshalb sollte man denken, es wäre alles beym Alten geblieben, keineswegs, die Entsagung wurde aufrecht erhalten, gerade so wie wir nach Pomponius den Untergang des Ususfructus annahmen, ein Resultat welches aus dem oben aufgestellten Grundsatz sich vollkommen rechtfertigt. Die andere Analogie findet sich bey der Hereditas. Vor dem Antritt der Erbschaft konnte nur der legitimus Heres cediren, nicht der testamentarische Erbe, eigentlich hätte keiner von beyden dazu befugt seyn sollen, weil keiner noch ein Object der in Jure Cessio hatte, dem legitimus Heres gestattete man es aber wohl des practischen Bedürfnisses wegen [11]). Nach Antretung der Erbschaft wurde eine Cessio Hereditatis unmöglich, weil schon eine Succession in die Obligationsverhältnisse statt gefunden hatte, und man ohne Noth eine neue Universalsuccession, vielleicht zum Nachtheil der Creditoren, nicht eintreten lassen wollte; freilich wenn keine

---

denken dann hätte man mit der Cessio Tutelae ähnliche Wirkungen verknüpft, wie mit einer cedirten Hereditas, was doch nicht der Fall war.

11) Ulp. tit. XIX. §. 12. sqq. Gaj. II. §. 34. sqq.

12) Hierher gehören z. B. folgende Fälle, wenn der nächste Agnat nicht antreten wollte, etwa weil die Passiva die Activa der Erbschaft überstiegen, und seine Vermögensumstände es ihm nicht gestatteten die Ehre des Verstorbenen zu retten, wohl aber einer der entfernteren Agnaten, dem auch der Inhalt der Erbschaft mehr werth seyn mochte, wollte und konnte. Ob sich das Recht der Cessio Hereditatis nur auf eine Uebertragung an Agnaten beschränkte, läßt sich nicht ausmachen, und war dies nicht der Fall, so läßt sich die Sache noch so denken: Die Erbschaft war verschuldet, der berufene Agnat manumittirte einen Sklaven unter der Bedingung daß er sich die Erbschaft würde cediren lassen. Auf diese Weise wurde die Ignominia von dem Verstorbenen abgehalten, der Sklave wurde damit behaftet, dafür ward er aber auch frey.

Obligationen in der Erbschaft waren, so konnte die in Jure Cessio ihren Gang vor sich gehen. War nun aber in einem Fall ersterer Art die in Jure Cessio vorgekommen, so konnten die Wirkungen derselben in vollem Umfang nicht eintreten, ohne das Interesse der Erbschafts-Creditoren zu verletzen, indeß Erfolg hatte die Handlung doch. Allen Rechten aus der Erbschaft hatte der Erbe entsagt, er konnte also nicht mehr die Forderungen einklagen, und da sie auch nicht auf den Extraneus übergiengen, so mußten sie untergehen, die Schulden hingegen blieben auf seiner Person haften, die Corpora aber giengen auf den Extraneus über ac si singula in jure cessa fuissent[13]. Auch in diesem Fall wird also wieder die in Jure Cessio so weit es die Natur der Rechtsverhältnisse gestattet, aufrecht erhalten. Einer Durchführung der Parallele in dieser Beziehung mit den obigen Fällen bedarf es wohl nicht.

Wenn nun Pomponius, nach der ungezwungensten Erklärung, die Consequenz die wir bey der cessitia Tutela und bey der in Jure Cessio Hereditatis fanden, für die Cessio des Usus fructus durchführt, so läßt sich vermuthen daß diese Erklärung die wahre sey. Zu einer anderen Erklärung führte nur der Institutionentext, dessen Quelle wir jetzt besitzen, nämlich die Institutionen des Gajus, an sie wollen wir uns auch zunächst halten. Gajus sagt — alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet; *creditur* enim ea cessione nihil agi (»es behält der Usufructuar sein Recht, denn man sieht es so an[14] als sey nichts

13) Ueber Ulp. tit. XIX. §. 15. der nach der Handschrift ein anderes Resultat giebt cfr. Ballhorn g. Rosen über Dominium S. 36.

14) Ueber diese Bedeutung von creditur cfr. Gaj. II. §. 11. u. 54. und über die letzte Stelle Schrader, Was gew. d. R. R. Geschichte durch Gajus Institutionen S. 46.

geschehen, durch die in Jure Cessio, wenn gleich der Strenge des Rechts nach Verlust des Usus fructus eintreten müsse«), Gajus scheint also auch das Prinzip anzuerkennen, hat aber andere Rücksichten die ihn zu einer abweichenden Entscheidung bewegen. Welche Rücksichten mögen dies nun gewesen seyn? Wir werden dieselben wohl am leichtesten finden, wenn wir eine Vergleichung zwischen diesem und einem jener andern Fälle anstellen. Die cessitia Tutela wähle ich deshalb nicht zur Vergleichung, weil wir Gajus seine Ansicht hierüber nicht kennen, woraus ich aber eben so wenig schließen möchte, Gajus habe hier gesagt in jure cessione nil agitur, als ich den Paulus [15]) auf die Seite des Gajus bey den Wirkungen der in Jure Cessio des Usus fructus an einen Extraneus deshalb stellen möchte, weil er nur des Untergangs des Usus-fructus durch in Jure Cessio an den Dominus erwähnt. Zwischen der in Jure Cessio Hereditatis aber, bey der wir wissen, daß Gajus wie Ulpian post aditam hereditatem die negative Wirkung der in Jure Cessio eintreten liessen, und der in Jure Cessio des Usus fructus ist dieser Unterschied: hätte man im ersten Fall gesagt »nil agitur« so würde eine Rechtswirkung versagt worden seyn, die doch füglich zugelassen werden konnte und mußte, nämlich daß die Corpora übergiengen; dagegen beym cedirten Usus fructus konnte der an welchen cedirt wurde, nach keiner der beyden Theorien etwas erhalten, entschied man sich aber für die strengere Theorie, so erwarb hier ein dritter, nämlich der Proprietar, durch ein Geschäft, bey welchem seiner doch gar nicht gedacht worden war, eben so gut als wenn er es selbst gewesen wäre der dasselbe abgeschlossen hätte. Es konnte ungeräumt scheinen, daß hier gar keine Wirkung eintreten sollte, als einer bloßen Förmlichkeit wegen gerade diejenige welche an sich in dem Sinn des Geschäfts gar nicht lag. Auf diesen Punkt werden wir unten aber noch zurück kommen.

---

15) *Paul.* Sent. lib. III. tit. 6. §. 32.

Finden sich nun Gründe, aus denen sich die eine und die andere Ansicht bilden konnte, findet sich sogar eine Hindeutung bey Gajus, daß man über diesen Punkt verschiedener Meinung seyn konnte, warum sollen wir, wenn nach einfacher natürlicher Erklärung diese beiden möglichen Ansichten bei den Röm. Juristen auch ausgesprochen sind, uns abmühen nur die eine Ansicht in unsere Quellen hineinzulesen. Ja, aber beyde Entscheidungen fänden sich alsdann in einem und demselben Rechtsbuch. Kann denn nicht die eine Entscheidung aus einem Versehen stehen geblieben seyn? Die Meinung des Pomponius steht gleichsam versteckt unter einem ganz speziellen Rechtsfall, mit dem es nach der einen und der andern Theorie auf gleiche Weise gehalten werden mußte, mit ihm schrieb man gedankenlos die allgemeine Regel ab, worauf auch noch das quoniam diximus hindeutet, was bey einer genaueren Betrachtung sicherlich geändet worden wäre. Wenn wir diesen Hergang der Sache annehmen, so enthält also die Institutionenstelle das practische Recht. Stimmt denn diese Entscheidung auch mit der Interpretations-Regel, die beym Widerspruch der Institutionen und Digesten allgemein befolgt wird, denjenigen Text als Ausspruch des Rechtsbuches anzusehen, der im Geist des Justinianischen Rechts abgefaßt ist, überein? Um uns dieses klar zu machen, müssen wir uns vor allem die Frage beantworten, unter welchen Umständen konnte in den verschiedenen Zeiten des Römischen Staates eine in Jure Cessio des Usus fructus an einen Extraneus practisch gedacht werden, da es doch fest stehender Grundsatz war, der Usus fructus kann an diesen nicht in Jure cedirt werden? Indem die Parteien diesen Rechtssatz kannten, sollte man denken, gewiß nicht; denn mochte man nun im übrigen die eine oder die andre der beiden Meinungen gelten lassen, Nutzen konnte auf keinen Fall für die Parteien daraus entspringen, ja nach der einen Meinung sogar Schaden. Wir müssen also annehmen die Handlung geschah

aus Unbekanntschaft mit der Rechts-Regel. Mit dieser Annahme reichen wir wieder nicht aus, denn vor dem Prätor mußten sich die Parteien über ihr Vorhaben erklären und ihre Qualitäten angeben; daß ohne dieses der Extraneus gleich die Formel der confessoria Actio ausgesprochen und der Prätor gar nicht erfahren habe daß die andere Person nicht der Eigenthümer sondern ein Extraneus sey, ist nicht wohl denkbar. War es aber wirklich anders, so hat der Prätor die Parteyen sicherlich mit der Rechts-Regel, gegen die sie zu handeln im Begriff waren, bekannt gemacht. Es läßt sich also demnach schwer ein Fall denken, wo eine in Jure Cessio des Usus fructus an einen Extraneus möglich gewesen wäre, denn den Fall, wo an einen vermeintlichen Eigenthümer in Jure cedirt wurde, können wir nicht hierher ziehen, in diesem war wohl gewiß die in Jure Cessio aus andern Gründen als gar nicht geschehen zu betrachten.[16]) Wie kamen nun doch die Römischen Juristen darauf, die practischen Folgen der in Jure Cessio in dieser Anwendung zu untersuchen? Vielleicht erklärt sich die Sache, wenn man annimmt, daß das Ganze mit dem alten strengen Grundsatz über die Repräsentation bey dem Erwerb durch freye Mittelspersonen in Verbindung stand. Etwa so: dem Proprietar lag daran zu einer gewissen Zeit den Usus fructus zu seiner Proprietät wieder zurück zu ziehen, dies war auf die Weise möglich daß der Usufructuar an ihn in Jure cedirte. Dies ging an, wenn der Proprietar selbst mit vor dem Prätor erscheinen konnte, eine Stell-

---

16) In diesem Fall findet sich ein wesentlicher Irrthum im Geschäft, da es die Absicht war an den Eigenthümer zu cediren. Ganz anders verhält es sich mit dem in der Note 17. zu erwähnenden Irrthum, der keine Nichtigkeit des Geschäftes bewirkt, weil die eigentliche Absicht doch erreicht wird.

vertretung ließ sich hier im alten Recht nicht denken, der Sklave konnte nicht für den Herrn erscheinen, da er überhaupt nicht vor dem Prätor auftreten konnte, auch der Filius-Familias konnte nicht repräsentiren, weil er nicht behaupten konnte, daß er etwas im Vermögen habe. [17] In diesem Fall, scheint es, glaubten einige Juristen man könne durch eine extranea Persona doch helfen, indem man an diese feierlich sich seines Rechts begab, sie selbst konnte daraus keinen Vortheil ziehen, der Usufructus aber gieng dem Usufructuar verloren und so erreichte von selbst, was eben die Absicht war, das Eigenthum seine Vollständigkeit wieder (accrescit proprietati ususfructus). [18]

Einem Theil der römischen Juristen mochte nun dieses practische Bedürfniß nicht dringend genug erscheinen, um sich so eine Umgehung der strengen Regel, daß man durch

---

17) Gaj. II. §. 96.

18) Ich muß hier noch einem möglichen Einwurf den man dieser Erklärung machen könnte begegnen. Wenn die Parteyen sich vor dem Prätor über ihre Qualitäten ausweisen wenigstens diese angeben mußten (eine Ansicht zu deren Begründung ich für die älteste und klassische Zeit kein Zeugniß habe, die mir aber doch sehr natürlich scheint und aus den Verhandlungen der späteren Zeit sich wohl rechtfertigen läßt), wie kömmt es denn daß eine in iure cessio hereditatis post aditam hereditatem als möglich gedacht wird? Es läßt sich antworten: hier ist viel eher ein Irrthum denkbar, als bey der in Jure Cessio des Usufructus an einen Extraneus, z. B. der Erbe selbst täuschte sich und glaubte, es wären keine Obligationen in der Erbschaft; oder die Erbschaft war von Rom entlegen, der Erbe hatte wirklich angetreten und die Erbschaft verschuldet gefunden, darauf kommt er nach Rom und verheimlicht die Adition Betruges halber. Bey der in Jure Cessio der Tutel läßt sich aber ein ähnlich practisches Bedürfniß denken wie beym Usufructus.

eine libera Persona nicht erwerben könne, gefallen zu lassen; sie mochten es auch natürlicher finden, eine bloß simulirte Absicht gar nichts wirken zu lassen.

In der neuesten Zeit des Römischen Rechts mußte sich dies anders gestalten. An die Stelle der in Jure Cessio des Usus fructus war eine simple Concessio getreten, die privatim geschah ohne alle Form. War diese zurück an den Proprietar geschehen, so wirkte sie wie sie immer gewirkt hatte. War sie vom Usufructuar an den Extraneus geschehen; so mußte dies nun ohne alle Wirkung bleiben, denn der formelle Grund, weswegen ehemals eine zerstörende Wirkung behauptet wurde, war nicht mehr vorhanden. Wäre auch ein practisches Bedürfniß gewesen, so konnte dies so gar nicht erfüllt werden, aber theils war jene strenge Regel über Stellvertretung allenthalben modificirt, theils war ja das formale Hinderniß, was der Vermittelung durch Sklaven und Filius-Familias entgegenstand hier nicht mehr im Wege. Auch daß eine solche fehlerhafte Cession aus Irrthum geschah, war nun leicht möglich, und so konnte man in den Institutionen mit den Worten »nil agitur« völlig ausreichen und die Protestation bey Gajus, daß man nicht glauben solle, der Usufructuar verliere dadurch seinen Usus fructus (alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet) wurde ebenso verständig gestrichen, als die Versicherung »creditur enim ea cessione nihil agi«, denn statt zu sagen: man sieht es so an als sey nichts geschehen, sagte man nun besser geradehin: es geschieht nichts.

Bericht über einen für die teutsche Geschichte und teutsches Recht wichtigen, noch unbenutzten Codex Mstus der hiesigen Universitäts-Bibliothek.

Von

Herrn Professor Heffter in Bonn.

Unter den wenigen handschriftlichen Schätzen, die unsre noch erst im Werden begriffene Universitäts-Bibliothek darbietet, ist wohl keiner der unwichtigsten ein Codex Mstus, über welchen ich, da er noch unbenutzt zu seyn scheint, hier einige Nachrichten mittheilen will. Er enthält auf 94 Pergamentblättern in großem Octav, und in Lagen, zu je zweimahl vier zusammengeheftet Eginhards Leben Karls des Gr.; ein Leben Ludwigs des Frommen, Ansegisi *libros Capitularium*, die *lex Salica* und einige Anhängsel. Das ganze ist von derselben Hand, genau und sorgfältig geschrieben. Die Ueberschriften, Summarien und Capitel sind mit rother Farbe zierlich bemerkt. Die Beschaffenheit der Schreibart deutet auf ein ziemliches Alter; die Schrift nähert sich der eckigen Mönchsschrift ohne doch ganz in diese überzugehn; das s finale erscheint abwechselnd neben dem gezogen ſ am Ende der Wörter und man kann nach d. H. G. St. R. Niebuhrs Versicherung die Entstehung in das zwölfte Jahrhundert setzen. Sonstige Andeutungen über das Alter des Codex finden sich nirgends. Aller Wahrscheinlichkeit war er früher Privat-Eigenthum. Ein darin befindlicher Zettel enthält, daß er ein Geschenk des Predigers Richter zu Rees an den nun verstorbenen Dr. und Prof. Berg (Prof. LL. Oriental. zu Duisburg) sey, von welchem er denn ohne Zweifel in die Duisburger Universitäts-Bibliothek gekommen ist; denn er ist im Catalog derselben, jedoch erst in neuerer Zeit, verzeichnet und von dort wurde er an die hiesige Biblioihek abgeliefert. In den Nachrichten, welche der verstorbene Professor und Bibliothekar Dr. G. A. Grimm in den verschiednen Bändchen von Withofs kritischen Anmerkungen zu Horaz über einige Duisburger Manuscripte gegeben hat, die ebenfalls nun Eigenthum der hiesigen Bibliothek geworden sind, geschieht unsers Codicis noch keiner Erwähnung.

Nun zu den einzelnen Abtheilungen des Inhalts.

Das Erste ist, wie bemerkt, Eginhards Leben Karls des Gr. Fol. 1—27. in 22 Capiteln. Der Anfang ist

Incipit praefatio in uitam Karoli Magni Imperatoris. Vitam et conversationem et ex parte non modica res gestas. Domini et nutritoris mei Karoli etc.

und schließt mit dem breuiario, über die letztwilligen Verordnungen Karls und der Bemerkung

Haec omnia filius eius Ludovvicus, qui ei diuina iussione successit, inspecto eodem breuiario. quam celerrime poterat post obitum eius summa deuotione adimplere curauit.

im Ganzen wie bei *Bouquet* rer. Gall. scr. t. V. pag. 88. sqq.

Das zweite Stück ist überschrieben Fol.. 28.

Incipit Vita Luthouuici piissimi imperatoris.

ohne Angabe des Verfassers. Es ist aber die bekannte Lebensbeschreibung vom Chorbischof Theganus zu Trier verfaßt, in 20 Capitel getheilt und schließt mit dem Tode des Herzogs Berengar im 23sten Regierungsjahre Ludwigs

quem protegere et conseruare diu in hoc seculo feliciter commorantem et post hanc uitam temporalem perducere dignetur ad omnium sanctorum suorum societatem. qui est benedictus in secula. AMEN. Fol.. 47.

wie bei *Bouquet* l. c. tom. VI. p. 73. sqq., jedoch ohne die aus andern Manuscripten genommenen spätern Zusätze zu dem ursprünglichen Werk von Theganus. Eine genauere Vergleichung des Textes mit den bisherigen Recensionen gehört nicht hieher.

Wir gehn nun zu dem juristisch wichtigen Inhalt des Codex über, der durch folgende Ueberschrift S. 47. bezeichnet werden sollte:

Incipit. Prologus. Salicae. legis. Libri. primi.

In der That folgen nun zuerst die 4 *libri Capitularium Ansegisi*. Bei dem dritten aber heißt es wieder: *incipit liber tertius Salicae Legis*. Hierbei ist zu bemerken, daß die Abschrift einer von denjenigen Recensionen gefolgt ist, wo immer Lotharius Caesar neben seinem Vater Lodovicus Pius genannt wird., z. B. in der ersten praefatio zum ganzen Werk: tempore Domini Karoli Imperatoris nec non et nunc praefatorum principum hoc in tempore Domini piissimi Hluthouici Augusti et praeclari Lotharii Caesaris, wie es sich auch in verschiednen andren, besonders in Teutschland gefundenen Codicibus vorfindet. S. *Baluzii* Capitul. t. 1. pg. 698. und

admonitio ad Lector. ib. pg. 1442. ed. Chin. Im Einzelnen giebt es mehrere nicht unerhebliche Zusätze, Abweichungen und verschiedne Lesarten, wovon wir nur das Wichtigste anführen wollen.

Im ersten Buch hat das Cap. LXXII. bei Baluz u. Walter (im Codex Cp. 75. was aus einer etwas verschiednen Eintheilung sich herschreibt,) folgenden merkwürdigen Zusatz:

> Illud etiam quod in decretis Gelasii papae est, adnecti placuit. ut facultates ecclesiae nec non et dioceseos ab illis a quibus possidentur episcopis (*sic! f. episcopi*) iure sibi vendicent. quas tricennalis lex conclusit. quia et filiorum nostrorum et principum ita emanauit auctoritas, ut ultra triginta annos nulli liceat propter hoc interpellare quod legum tempus exclusit.

Das nämliche, wenn auch etwas verändert, fand sich bisher nur im siebenten Buch der Capitularien cp. 248. — Gute Lesarten im ersten Buch sind ferner hauptsächlich folgende:

cp. 80. in minoribus uero locis aequo inter clerum et pauperes *foedere* diuidendum. (Vulgo: *aeque — fore*)

cp. 93. de octo vel decem *milibus* (letztres fehlt gewöhnlich).

cp. 98. wird die Zahl der zu Chalcedon versammelten Väter auf trecenti triginta angegeben. Vulgo DCXXX.

cp. 124. foenus est *quod praestatur* (vulg. *qui aliquid praestat.*) Iustum foenus est *quando* (vulg. *qui*) amplius non requir*itur* (vulg. *requirit*) nisi *quam datur* (vulg. *quantum praestitit*.

cp. 126. *carefaciat* (sonst *nutricare faciat*.

cp. 133. Fecit hos gradus *sanctus Siluester* (letztere Worte fehlen gewöhnlich).

ib. in med. »diaconus autem cardinalis in urbe Roma sine XXXIV. (vulgo: XXXVII.) testimoniis non damnabitur.

ib. in *fine. Sicut dicit mystica fides.* Vulgo: *sic datur* m. f.

Im zweiten Buch fehlt cp. 33. 34. und 38. — Im dritten Buch bemerken wir folgende Lesarten:

c. 6. *herpffurth* v. Erpersfurth. *alaxastat* v. Halaxstat

c. 16. *praecipimus* ut non — *de causa* (vulgo additur *sua*) *quaerenda* etc.

c. 23. *firmiter nescit* (v. non scit profirmiter).
c. 40. *aut* si *alteri quaerere debeat* v. *si alter ei quaerere debet.*
c. 57. *dominicis uassis* v. *Vassis Comitum.*
c. 65. Secundum legem *suam* (v. legem et euuam.
c. 80. beneficia *condistricta* v. *condricta.*

Das c. 91. fehlt.

Im vierten Buch fehlt cp. 15. und 26. — Lesarten:
cp. 19. uiuit, *tres* testes idoneos. Die Zahl fehlt gewöhnlich.
— 42. nisi forte indicio *vel ratione* v. *veraci.*
— 54. *de aedificiis dominicis* v. *beneficiis nostris.*
— 59. *trexturas* v. travsturas.
— 74. *contra* Saxones et Fresiones v. *ivter.*

Diese Varianten reichen hin, um auf die Wichtigkeit des Coder für Ansegisus aufmerksam zu machen. Die vom Verf. des Gegenwärtigen angestellte Vergleichung hat aber außerdem noch eine unweit größere Ausbeute gegeben.

Als Appendices zu Ansegisus finden sich vor a) und zwar als caput LXXIII. libri IV. ein Capitulare mit dem rubro: item *c.* (capitula) D. (domini) K. (Karoli) bei *Baluz* t. 1. pg. 793. u. *Walter* t. II. pg. 486. Appendix II. jedoch sind im Ganzen nur 12 Capitula (nicht 28) gegeben. Auch hier sind mehrere nicht unwichtige Varianten, besonders in
cp. X. (XXXV. Bal.) Si quis Saxo etc. — secundum legem et secundum *dampnum* (v. ewam contra eum) emendare studiat. — Si seruus hoc fecerit secundum suam *legitimam vitam* (v. legem) in triplum restituat etc.

b. *Capitulum a Pio Ludhewico additum.* Dieß ist eine Zusammenschmelzung zweier Capitularien vom J. 828. und 829., welche bei *Baluz.* tom. I. pg. 654. 662. und *Walter* tom. II. p. 1. pg. 371. u. 378 sqq. abgedruckt sind, in vierzig Capitel getheilt. Hier sind besonders mehrere gute Lesarten.

c. *Pactum Childeberti pro tenore pacis* in 8 Capiteln wie bei *Baluz.* t. I. pg. 15. *Walter* t. II. p. 8.

d. *Decretum Clotarii regis* in 12 Capiteln, welches vollständiger bei *Baluz.* l. c. pg. 19. 20. und *Walter* l. c. pg. 11. abgedruckt ist.

e. Das Capitulare Carls vom J. 779. bei *Baluz* l. c. 195. und *Walter* pg. 57. mit dem rubro: Incipiunt decreta Domini Karoli Regis Francorum, und zwar mit sehr erheblichen Zusätzen und Varianten, wovon sich jedoch nicht gut ein Auszug geben läßt.

Sogleich hinterher folgt nun ein historisches Fragment, überschrieben: incipit origo francorum, welches hier sogleich abgedruckt werden soll:

Destructa urbe Troia. cum omni populo graecorum scilicet octoginta milia fortium bellatorum Agamemnon rex contra Priamum regem troianorum pugnauit decem annis et ceciderunt de graecis DCV milia. de troianis LXV milia. Frigius itaque quidam cognatam Priami regis accepit. unde fuit Trofimus qui genuit Cassandram. Cassandra Ascanium. Ascanius Ilium. Ilius Frigium. Frigius Francum et Bassum. unde et franci appellati sunt. Et de Aenea troiano principe Romulus et Remus. a quibus romanorum surrexit imperium. annos plurimos pugnauerunt contra francum et bassum parentes suos in monte auentino iuxta romam. cecideruntque inter ipsos ccti. uirorum fortium fugitque francus et bassus. deuictique venerunt hystriam. Collectoque altero exercitu Romulus et Remus francum et bassum persequuntur. Illi autem paratis nauibus. meotides paludes ingressi inter danubium et tanaim partes in germaniam tendunt. Ibi diu morati ciuitatem construxerunt. quam sicambriam a sicambre filio franci uocaverunt. Eo tempore. rebellantibus alanis imperator Valentinus collegit exercitum romanorum cum aristarcho principe. Tunc simul pugnantibus fugerunt alani in meotides paludes. Imperator itaque non valens eos superare, dixit. Si quis intraverit in paludes istas et inimicos meos inde ejecerit, concedam ei tributa annis decem. Tunc ingressi franci eiecerunt eos. Dixitque Imperator. Recte appellati sunt franci. ad instar duriciei ferri vel a feritate cordis. Et concessit eis tributa annis decem. Post annos XV. misit imperator ut darent tributa. Et haec audientes franci dixerunt. Imperator gentem hanc bello superare non potuit. quam nos vicimus. quare ei tributa soluimus? Surgamus et occidamus primarium istum cum sociis suis. Consurgentesque occiderunt missum cum sociis suis. His auditis Imperator collegit exercitum, gentemque rebellem conatus est occidere. Illi autem videntes, quod superare non possent. de sicambria egressi usque ad rheni fluminis fines pervenerunt.

Keiner der fränkischen Geschichtschreiber, die ich bei Bou-

quet nachgesehen habe, weder Aimoinus noch *Saint Denys*, noch Gaguinus hat sich so ausführlich, wie der Verfasser jenes Fragments, das, so viel mir bekannt, noch ungedruckt ist, über den fabelhaften Ursprung seines Volkes verbreitet.

Unmittelbar darauf folgt nun

Incipit tractatus Salicae legis

mit der Einleitung: gens francorum inclyta etc. und der Capitel-Angabe, worauf der prologus und der übrige Text selbst folgt. Das Ganze ist unverkennbar nach einer der neuesten Ueberarbeitungen copirt und stimmt im Wesentlichen mit der Lindenbrogschen Recension überein. Das Bemerkenswertheste, was zugleich auf das jüngere Alter dieser Bearbeitung der lex sal. schließen läßt, ist folgendes.

Die Entstehung der l. sal. wird so angegeben:

Gens Francorum (etc. wie bei Lindenbr.) dictauit Salicam legem per proceres ipsius (*Lind. illius*) gentis qui tunc temporis ejusdem aderant rectores. *i. e.* Wisogastus, Salegastus, Widogastus, Arogastus, Bodegastus, Wisogado, in locis cognominatis Salechem, et in Bedechem et Widochem. At ubi favente Deo Rex Francorum Chlodoueus torrens (v. florens) et pulcher et inclitus primum recepit catholicum baptismum. quod minus habebatur in pactum idoneum, per praecelsos reges Chlodoueo. Lothario fuit lucide emendatum praecurrente decreto. Vivat qui francos diligit. etc.

Auffallend ist es, daß sechs Redactoren der lex genannt werden, allein man sieht leicht, daß hier ein und derselbe Name mehrmals mit kleinen Abänderungen (wahrscheinlich durch Irrthum des Abschreibers) genannt worden ist. In dem eigentlichen prologus werden auch nur wie im Lindenbrogschen Text, *quatuor viri his nominibus Wisogastus, Arogastus*, (also doch nicht Bodogastus wie bei Lindenbr.) *Salegastus et Widogastus* genannt.

Der übrige Text bietet im Allgemeinen weniger bemerkenswerthes dar, außer Folgendem

tit. 1. *de maniere* fehlt gänzlich. Auch dieß deutet wohl auf das spätere Alter des Originals, aus einer Zeit, wo das maniere meist abgekommen und fast nur noch das bannire üblich war.

tit. 6. *de furtis canum.* Hier steht am Ende noch folgendes cap. welches ich noch in keiner andern Ausgabe gefunden habe:

Canis, qui in dextro armo tonsus est, homo qui

cum habuit, cum ipso cane in praesentiam regis veniat. (?!)

tit. 14. c. 10. si quis puellam quae *ducitur dructe* ad maritum.

tit. 27. c. 7. si quis hortum alienum *ad furtum faciendum* ingressus est.

c. 8. si quis impotos de *pomario.*

tit. 30. si quis *in furtum* aliquem locaverit et hominem interficiat et pretium propter hoc *acceperit et non fecerit* etc.

tit. 61. in fin. *per III mallos* (al. per IV m.)

tit. 67. inscr. qui alterum *Chereburgium clamaverit*

tit. 71. additur:

Ut populus interrogetur de capitulis quae in lege noviter addita sunt et propter quam omnes consenserunt: Subscriptiones ad manu firmationes in ipsis capitulis faciant.

Damit schließt die l. Salica. Im Allgemeinen trifft man auf eine verbesserte Sprache, z. B. *furatus est*, statt des in älteren Recensionen vorkommenden furavit, auch *Comes* statt *grafio* u. dgl. mehr, was die Vermuthung wegen des jüngern Alters bekräftigt.

Der übrige Inhalt des Codex ist von sehr geringer Bedeutung. Er umfaßt

a) die Pönitenzregeln über die ärgsten Fleischessünden, die, ich weiß nicht wo? in derselben Gestalt bereits gedruckt sind. Sie endigen mit c. 18. C. 35. qu. 3. In copulatione fidelium etc. (ex concilio Wormat.) und dem Zusatz:
Haec de multimoda fornicatione ex diversis opusculis perstrinximus, sacerdotum iudicio relinquentes quod salubrius et utilius esse in dandis penitentiis decernant.

b) die Pönitenzregeln: si quis spontanea voluntate diabolo suadente homicidium perpetraverit etc.

c) den c. 13. dist. 2. de consecr. Quotidie eucharistiae communionem recipere etc. aus Augustinus.

Ueber
die Negatorienklage.

Von

Herrn Professor G. F. Puchta in Erlangen.

Die folgende Untersuchung wird das in der Ueberschrift genannte Rechtsmittel nicht seinem ganzen Umfange nach, sondern nur eine Seite desselben betreffen, und auch hier nicht diejenige, welche vorzugsweise der Gegenstand gelehrter Discussionen unserer und der früheren Zeit gewesen ist. Dem Kenner wird es nicht verborgen bleiben, daß ich mich bey meiner Arbeit nicht aller nöthiger Hülfsmittel habe bedienen können. Wenn ich nun dennoch zur Mittheilung derselben schreite, so geschieht dieß aus zwei Gründen: einmal hat mich der Glaube an die Nachsicht des juristischen Publicums dazu bewogen, dann aber die Meinung, daß bey Untersuchungen, deren Quellen nicht verborgen und unzugänglich sind, Fehler und Nachläßigkeiten in der Benutzung derselben höchstens einen negativen Schaden hervorzubringen vermögen.

Die Eigenthumsklage ist von doppelter Art, je nach der Beschaffenheit der Verletzung, welche die Anstellung der Klage begründet. Die Verletzung kann nämlich eine totale seyn, und dieß ist diejenige, welche in der Entziehung des Besitzes, als der allgemeinen Bedingung der Ausübung des Eigenthums, besteht, oder eine partiale, welche nur einzelne Seiten an dem Rechte des Eigenthums betrifft. In dem

ersten Fall ist die Eigenthumsklage rei vindicatio, im zweiten Fall negatoria actio. Die Eigenschaft dieser letzteren als einer Eigenthumsklage ist bezweifelt worden [1]), die Widerlegung dieser Ansicht soll aber nicht hier versucht, sondern bei der gewöhnlichen Meinung einstweilen stillschweigend beharrt werden. Eine sehr verbreitete Ansicht ist ferner, ja sie war noch vor nicht sehr langer Zeit die allgemein herrschende, daß die Negatoria nur wegen einer theilweisen Verletzung ganz besonderer Art, nämlich wegen Anmaßung einer Servitut statt finde, daß sie also nur de servitute actio sey. Wir finden Stellen in den Pandekten, wo die Negatoria gestattet wird und doch die Anmaßung einer Servitut von Seiten des Beklagten gar nicht denkbar ist [2]), aber es steht eine Stelle im Eingang des Titels von den Servitutenklagen [3]), die ein mehr compendiarisches Gesicht hat, und in welcher gesagt wird, die Servitutenklagen seien, erstens, die Confessoria, zweitens, die Negatoria; und dieser zufällige Umstand hat, wie bei manchen andern Theorien auch, den Ausschlag für die neueren Juristen gegeben, obgleich die Eigenschaft der Negatoria als de servitute actio in der Stelle keineswegs als die ausschließliche dargestellt wird [4]). Die richtigere Ansicht, welche der Negatoria eine umfassendere Wirksamkeit ertheilt, und sie auch da zuläßt, wo eine theilweise Verletzung des Eigenthums ohne Anmaßung

---

1) Du Roi im Archiv für civ. Pr. VI. S. 298.

2) L. 14. §. 1. si serv. vind. vergl. mit L. 26. de serv. pr. urb. und zum Theil wenigstens die in der Glosse zu L. 2. si serv. angeführten Stellen, denn auch hier findet man, wie in unsern Zeiten schon öfter bemerkt worden ist, in der Glosse die richtige Meinung als die herrschende, welche dann später erst verdrängt worden ist.

3) L. 2. pr. si servit.

4) Mehr Schein giebt L. 4. §. 6. eod., aber auch diese steht der richtigeren Ansicht nicht entgegen.

einer Servitut von Seiten des Verletzers vorhanden ist, sofern nur überhaupt der Zweck, welcher erreicht werden soll, der Natur dieser Klage entspricht, ist in einem sehr verbreiteten Buche ausgesprochen[5]), und es kann mit Grund angenommen werden, daß sie wenigstens angefangen hat, sich allgemeiner gegen jene beschränktere geltend zu machen; deshalb soll auch sie hier ohne weitere Auseinandersetzung vorausgesetzt werden. — Der Beweis, welchen der Kläger bey dieser Klage zu führen hat, ist eine schon sehr durchgesprochene und oft abgehandelte Materie, am meisten aber ist sein äußerer Umfang in Betrachtung gezogen, und das Beweisthema zu bestimmen versucht worden, namentlich ist es die Beantwortung der Frage: ob der Kläger gegen den Ausüber der Servitut mehr als sein Eigenthnm, ob er auch die Freiheit desselben erweisen müsse? welche unsere Juristen von jeher vielfach beschäftigt hat. Auch der Gegenstand des folgenden soll der Beweis bey der Negatoria seyn, aber von der Seite seiner inneren Beschaffenheit, und namentlich soll die Meinung unserer Juristen geprüft werden: dem Kläger liege, im Fall ihm das Eigenthum widersprochen wird, eine bloße Bescheinigung ob, nicht ein vollständiger Beweis.

In demjenigen, was das Corpus Juris civilis über diesen Gegenstand enthält, liegt schlechterdings kein Grund, die Frage anders zu beantworten, als sie sich nach den ersten Regeln über die Beweislast beantwortet, zumal wenn man sich unter der Negatoria nicht eine Servitutenklage vorstellt, sondern in ihr, was sie ist, eine Eigenthumsklage erkennt. Der Kläger hat den Grund seiner Klage, soviel ihm daran verneint wird, zu erweisen, und dieser ist das Eigenthum hier wie bei der Vindication. Etwas anderes enthält auch

---

5) Heise Grundriß II. B. 2. Kap. Note 14. und zum Theil Hugo Lehrb. des heut. R. R. S. 312.

das römische Recht nicht, soweit unsere Quellen überhaupt von diesem Punkte handeln [6]) wiewohl sie sich darüber gerade nicht ganz bestimmt aussprechen, so daß die ausdrückliche Festsetzung desselben unsern Juristen überlassen ist. Die Ansichten dieser, soweit sie praktischen Einfluß geäußert haben, sind folgende.

In der accursischen Glosse wird als die Meinung des Placentinus angeführt, daß der Besitzer, der gegenwärtige sowohl als derjenige, welcher einen jetzt verlorenen Besitz beweisen kann, überhaupt und namentlich sogar bei der Vindication als Eigenthümer präsumirt werde [7]). Es wäre möglich, daß Accursius den Placentin hier fehlerhaft excerpirt, und daß etwa Placentin nur im Zusammenhang mit seiner Ansicht über den Eigenthumsbeweis, als sey dazu der Beweis des Eigenthums beim Auctor nicht nöthig, behauptet hätte, der Besitz dieses Auctors, der ja bey dem zweiten Theil des Beweisthema (in vacuam possessionem inductum) [8]) zugleich erwiesen wurde, sey hinreichend, indessen ist dieß jedenfalls für uns gleichgültig, zumal da die Späteren Placentins Meinung so verstanden, wie sie die accursische Glosse darstellte. Doch sagt auch Odofredus, der gewiß von Accursius Einfluß frey ist, in dem Werk, das ich von ihm benutzen kann, ad L. possessiones C. de probatt., Placentin habe geglaubt jeder Besitzer werde als Eigenthümer präsumirt, und darum müsse auch der Petitor bey der Rei vindicatio beweisen, welche Meinung von Joannes und Azo widerlegt worden sey. Accursius verwirft jene Ansicht, aber er

---

6) L. 5. pr. si ususfr. pet. L. 2. §. 1. si serv. und vielleicht auch L. 15. de op. novi nunc.

7) Glosse ad L. possesiones et L. cum res C. de probatt.

8) Noch L. 12. C. de probatt. vgl. Thibaut im Archiv für civ. P. VI, 15.

könnte sie allerdings nur bei der Vindication für unrichtig gehalten haben, und so finden wir wirklich, daß spätere Schriftsteller wegen der Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitz auf diese Stelle der Glosse sich berufen, und andere Stellen derselben sind ebenfalls dieser Annahme günstig. In der Glosse zu L. 5. pr. si ususfr. pet. wird von der Negatoria insbesondere behauptet: wenn der Usufructuar im Besitz sey, so müsse der Kläger bey der Negatoria das Eigenthum beweisen; im entgegengesetzten Fall müsse der erstere immer beweisen, es möge der Kläger sein Eigenthum beweisen oder nicht. Die Meinung des Accursius ist also die: der Kläger bey der Negatoria muß das Eigenthum erweisen, und zwar nicht weniger vollständig als sonst (probare se dominum) [9], davon wird aber eine Ausnahme gemacht, wenn der Beklagte die behauptete Servitut nicht besitzt und sie auch nicht beweist, indem hier der Kläger siegt, wenn er auch nichts bewiesen hat. Wie aber Accursius hiernach den Fall entschieden hätte, wo der Beklagte sich gar keine Servitut anmaßte, das ist ungewiß. — Von den Commentatoren wird die Glosse anders verstanden, nach ihnen ist ihre Meinung die: ist der Eigenthümer im Besitz, so wird sein Eigenthum präsumirt und er braucht mithin bey der Negatoria nichts als den Besitz zu erweisen. Nach diesem Grundsatz konnten alle Fälle entschieden werden, der Fall eines angemaßten Usufructus; wobey nur einer im natürlichen Besitz seyn konnte, der Fall einer Realservitut, wobey beide Parteien Besitzer (der Sache und des Rechts) seyn konnten, endlich der Fall, wo sich der Beklagte gar nicht auf eine ihm zustehende Servitut berief.

Diese Meinung findet sich bey Bartolus schon viel bestimmter ausgebildet, namentlich mit der Bemerkung, daß die Glosse den Satz zu vag hingestellt habe, und sich selbst widerspreche. Seine Ansicht ist nun die: der Eigenthümer

9) Vergl. auch die Glosse zu L. 2. de probatt.

tritt entweder 1) als Kläger auf, und hier sey ferner zu unterscheiden: Komme das Eigenthum principaliter zur Sprache, wie bey der Vindication, so müsse es vollständig erwiesen werden; geschehe es aber nur incidenter, dann werde der gegenwärtige Besitzer als Dominus präsumirt, der vergangene Besitz habe diese Präsumtion nicht für sich; oder 2) als Beklagter per exceptionem. Hier werde sein Eigenthum post fundatam intentionem des Klägers nicht, ohnedieß aber allerdings präsumirt [10]. Dieß wurde denn zu jener Zeit bald ein allgemein angenommener Rechtssatz, wie denn Paulus de Castro ihn als einen solchen mit Berufung auf Bartolus angiebt [11]. Derselbe macht auch ausdrücklich die Anwendung auf die Negatoria, als eine Klage, wobei das Eigenthum nur incidenter zur Sprache komme, eine Anwendung, die sicherlich nicht erst von ihm herrührt. So werden auch Salicetus Abbas, Aretinus, Stipa, Boerius u. A. für diesen Satz von Menochius citirt [12], wiewohl ihn dieser nicht ausdrücklich auf die Negatoria anwendet. Und so ist er denn auch auf die älteren deutschen Praktiker übergegangen [13], und

---

10) Bartolus ad L. quidam. de condit. instit. vgl. mit der Lectura ad L. sicut. §. seu si. si servit. - - - - quando dominium venit incidenter in judicium, sufficit probare quem esse possessorem.

11) Consilia I. 113. II. 334.

12) Praesumt. IV. 136 VI. 63.

13) z. B. Gaill pract. observ. II. 47. a. C. Chr. Besold. in Cons. Tubing. III. 118. Nro. 97. 98. M. Berlich. Decis. aur. II. 233. Carpzov. Iurisprud. for. I. 16. def. 23. II. 14. def. 25., doch ist hier dieser Satz allgemein und beiläufig hingestellt, ohne die Beschränkung auf das incidenter, und somit wird an einem andern Ort wieder für das Gegentheil entschieden. I. 16. def. 23. Mevius Decis. I. 53. besonders aber I. 186. not. 3. 4. und auch noch vornehmlich Stryk U. M. VIII. 5. §. 4.

auch viele Praktiker des achtzehuten Jahthunderts haben darnach den Beweis bey der Negatoria bestimmt [14]). Hiernach wurde zwar anerkannt, daß der Kläger sein Eigenthum erweisen müsse, indessen behauptete man, daß die Präsumtion aus dem Besitz genüge, also auch nur dieser erwiesen zu werden brauche, und in der That war dieß durch die Uebereinstimmung der Doctoren seit dem vierzehnten Jahrhundert zu einem ganz sicheren Rechtssatz geworden. Wo hingegen der Kläger nicht besäß, da mußte er, ehe die folgende Lehre entstand, sein Eigenthum so vollständig erweisen, wie bey der Vindication.

Man hatte nun aber auch schon eine allgemeine Regel aus jenem Satze gebildet, die wahrscheinlich vor dem achtzehenten Jahrhundert wenigstens nicht allgemein herrschend geworden ist. Ein Recht sollte überhaupt, wenn es nur incidenter zur Sprache käme, keinen vollständigen, sondern einen summarischen Beweis, wie er nach der Lehre der ältern Processualisten bey den summarischen Processen statt fand [15]), und wie man ihn damals unter dem Wort Bescheinigung verstand, erfordern, und dieser Beweis sollte bey der Negatoria nicht allein durch den Beweis des Besitzes, wegen der nach der herkömmlichen Lehre damit verbundenen Präsumtion, sondern auch durch andere Wahrscheinlichkeitsgründe geführt werden können [16]). Hierdurch fiel auch jene Ausnahme weg, denn wenn auch der Kläger nicht besaß, so konnte er doch das Eigenthum auf andere Weise als durch den Beweis des Besitzes bescheinigen.

Endlich kam man dahin, die Frage ob der Kläger

---

14) S. die bey Glück X. S. 248. Not. 94. citirten Schriftsteller.

15) Klaproth summar. Proc. §5.

16) z. B. Berger Oecon. II. 3. §. 22. not. 6. vgl. II. 5. §. 12. Not. 3.

Eigenthümer sey, unter den Gesichtspunkt der Legitimation zur Sache zu stellen, und dieß hieng wiederum damit zusammen, daß man die Negatorienklage auf den Fall einer angemaßten Servitut beschränkte, und die Freiheit des Eigenthums davon als den eigentlichen Grund der Klage ansah, wozu nun die Eigenschaft des Klägers als Eigenthümers der Sache in ein gleiches Verhältniß trat, wie das Eigenthum des Klägers bey der Confessoria wegen einer Realservitut. Von diesem Standpunkt aus forderte man nun bloße Bescheinigung des Eigenthums, man schloß aber den Beweis des bloßen Besitzes aus, als etwas, das noch keineswegs eine Bescheinigung des Eigenthums enthalte [17]). So wurde freilich im allgemeinen die Idee der Aelteren beibehalten, daß der Beweis nicht vollständig zu seyn brauche, aber ein anderer theoretischer Anknüpfungspunkt angenommen, und der Satz, auf welchen jene das meiste Gewicht gelegt hatten, ganz umgestoßen [18]).

Die bisher dargestellten Ansichten sollen jetzt geprüft werden. Es ist schon oben bemerkt worden, daß das römische Recht nur von dem Beweis des Eigenthums im allgemeinen spricht, ohne eines besondern leichteren, auf die bloße Wahrscheinlichkeit gerichteten Beweises für diesen Fall zu gedenken. Aber auch die allgemeineren Sätze, auf welche die Neueren ihre Behauptung einer bloßen Eigenthumsbescheinigung zurückgeführt haben: daß für den Besitzer die rechtliche Vermuthung des Eigenthums streite, mit der Wirkung, daß er dadurch von dem Beweise des letzteren befreiet werde, ferner daß Incidentpunkte einer bloßen Bescheinigung bedürften, endlich daß das nämliche bey der Legitimatio ad causam eintrete, — alle diese Sätze sind zwar nicht ohne Allegation des römischen Rechts aufgestellt worden, aber in der That verdanken sie

17) Leyser Spec. 109. med. 1 — 3. Kind Quaest. for. III. 45.

18) S. Glück X. S. 248. fg.

der Praxis seit dem Mittelalter ihr Daseyn, und noch weniger haben natürlich die römischen Juristen selbst die Sache aus diesen Gesichtspunkten betrachtet.

Die Meinnng, daß der Kläger bey der Negatoria nur den Besitz zu beweisen brauche, so allgemein sie bey den Juristen seit der Glossatorenzeit gewesen ist, — und wir können sie somit allerdings als in der damaligen Praxis begründet, mithin als einen damals geltenden Rechtssatz ansehen — diese Meinung scheint sich nach dem, was oben bemerkt worden ist, unter unsern Juristen ziemlich verloren zu haben. Deshalb soll hier nur folgendes darüber bemerkt werden. Es ist bekannt, daß nach dem Sprachgebrauch der römischen Juristen die Parteien bey den dinglichen Klagen mit den Worten petitor und possessor bezeichnet werden, eine Bezeichnung, die bey der Rei vindicatio entstanden und auf die übrigen Petitiones übergetragen worden ist. Es giebt nun dingliche Klagen, bey welchen diese secundäre Bedeutung von possessor als Beklagten, nicht nothwendig mit der ursprünglichen, als Besitzer, zusammentrifft, und dieß sind theils solche, bey denen eigentlich von keinem Besitz die Rede seyn kann, wie die Klagen aus dem Familienrecht (die Liberalis Causa mit inbegriffen), theils solche, bey denen sich die Parteirolle nicht nothwendig nach dem Besitze richtet; wie die Negatoria und die Confessoria [19]. Bey solchen Klagen kann es denn auch

---

19) L. 6. §. 1. si serv. Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem, et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest, et civili actione, et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impedierit. Sed et si, patiente eo, aedificavero, ego possessor ero effectus. Savigny (s. R. d. B. 4. Aufl. S. 467. Not. 3.) verstand früher, wohl mit allen Juristen, die Worte adversarius meus possessor est

zweifelhaft seyn, wer von den beiden Parteien in einem ge-

von dem juristischen Besitze, und gründete darauf die Ansicht, daß der Besitz der negativen Servituten schon durch das Nichtthun des Gegners erworben werde. Jetzt hat er dieser Ansicht eine richtigere substituirt, aber auch zugleich behauptet, daß jene Stelle nicht von dem Besitzer, sondern von dem Beklagten zu verstehen sey. Ich kann dieß nicht für richtig halten. Nach meiner Meinung heißt possessor hier allerdings Besitzer, freilich ohne daß daraus jener irrige Satz von der Besitzerwerbung folgt, und die Stelle hat folgenden Sinn. Bey diesen Servituten kann die Eigenschaft des Klägers und juristischen Besitzers zusammenfallen. Wenn ich auf meinem Gebäude nichts habe, so ist mein Gegner im Besitz der Servitus altius non tollendi. (Hinzuzudenken ist: wenn die übrigen Erfordernisse vorhanden sind; die Annahme einer solchen Ellipse ist hier ganz unbedenklich, denn es ist nicht die Rede von der Erwerbung des Besitzes, sondern von dem Fortbestehen eines schon erworbenen, so lange kein Grund des Verlustes eintritt, wie sich aus den folgenden Worten ergiebt). Denn so lange von meiner Seite nichts geschieht, wodurch er den Besitz verliert, besitzt er. (Eben so wenig liegt natürlich auch in diesem Satz, daß man den Besitz nicht auf andere Weise verlieren könne, als durch das innovare). Und doch kann er, wenn ich bauen will, gegen mich klagen, eben so mit der Confessoria, als mit dem Interdiktum quod vi aut clam, bei dem es auf gar keinen Besitz ankommt. (Also will der Jurist sagen, es handelt sich bey der Confessoria und der Vertheilung der Parteirolle so wenig um den Besitz, als bey jenem Interdict. Somit fällt der Grund weg, welchen Savigny gegen die gewöhnliche Erklärung des Worts possessor aufgestellt hat, als sey es dann viel natürlicher gewesen, dem Gegner die possessorischen Interdicte zuzuschreiben. Dieß ist hiernach nicht der Fall, das natürlichste war, ein Beispiel zu wählen, bey welchem es auf den Besitz gar nicht ankommt). Dasselbe ist der Fall, wenn ich etwas innovire, er aber durch den Lapilli jactus sich den Besitz conservirt. — Was die Endworte der

gebenen Fall als Kläger, wer als Beklagter anzusehen sey, und wir finden Stellen in unseren Quellen, welche die Entscheidung dieser Frage (quis possessoris, quis petitoris partes sustineat) zum Gegenstand haben. So giebt Ulpian [20]) die Regel, daß in solchen Fällen die Norm der Vindication eintrete, also hier der Possessor im natürlichen Sinn, der Besitzer, als Possessor im processualischen, als Beklagter, behandelt werden solle, obgleich dieß nach der Natur der Klage selbst nicht wesentlich ist. Dieselbe Regel wird auch bey den Präjudicien angewendet. Ungeachtet nämlich hier von keinem eigentlichen Besitz der Libertas, der Ingenuitas u. s. f., also weder von einer Corporis noch Juris Possessio die Rede seyn kann, so können doch die Zustände, in welchen sich die Parteien in Beziehung auf die bestrittenen Rechte befinden, für die Entscheidung der vorliegenden Frage mit der Possessio verglichen werden, also auch die Norm für die Entscheidung abgeben, und so wird denn der factische Zustand, nach welchem sich die Parteirolle in streitigen Fällen richtet, dieses in libertate etc. esse, wie es eigentlich heißt [21]), auch wirklich mit dem Ausdruck in possessione libertatis etc. esse bezeichnet [22]). Nun wird an einem andern Orte [23]) auf das praktische Interesse dieser Frage aufmerksam gemacht: ... ut

Stelle anlangt, so folgte im ursprünglichen Zusammenhang derselben wahrscheinlich, daß, wenn ich nun Besitzer geworden bin, das nämliche eintritt, ich auch Petitor seyn kann (der Servitus altius non tollendi). Dieß ließen die Compilatoren als überflüssig weg, wollten aber doch den Einleitungssatz, durch welchen die Erwerbung des Besitzes auf eine bündige Weise ausgedrückt wird, benutzen.

20) L. 8. §. 3. si serv.

21) L. 7. inf. de liber. causa.

22) L. 14. de probatt.

23) L. 15. inf. de op. novi nunc.

de jure suo probare necesse haberet, id enim esse, petitoris partes sustinere, — und wieder an einem andern [24]) die Regel, daß der Beklagte absolvirt wird, wenn der Kläger den Grund seiner Klage nicht erweist, sollte auch er selbst ebenfalls nicht das mindeste erwiesen, oder das angesprochene Recht wirklich nicht haben, mit den Worten ausgedrückt: vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant; — und mit diesen Stellen, in Verbindung mit den vorigen, haben die Juristen ihren Satz unterstützt, indem sie das, was hier von den Possessores gesagt wird, auf die Besitzer überhaupt in der obenangegebenen Art und Weise anwendeten. Aus dem bisherigen ergiebt sich aber, daß die römischen Juristen hier weder von einer Präsumtion aus dem Besitze, noch überhaupt von den Besitzern an sich sprechen, sondern nur von den Beklagten und dem Vortheil, welchen die Besitzer als Beklagte, mithin mit allen andern Beklagten gemein haben. Also ist eine Präsumtion aus dem Besitz überhaupt so wenig begründet, als aus dem juristischen Besitz [25]), und der Besitz kann nur den Vortheil verschaffen, Beklagter zu seyn, was dann freilich die angegebene Folge hat, die aber keineswegs als unmittelbare Folge des Besitzes selbst betrachtet werden darf.

Ich komme auf die Ansicht, welche von dem Satz ausgeht, daß das Eigenthum, wo es nur incidenter zur Sprache komme, nicht vollständig erwiesen, sondern nur bescheinigt zu werden brauche, d. h. daß hier ein gewisser Grund von Wahrscheinlichkeit genüge. Zuvörderst ist gewiß, daß dieser Satz die gemeine Meinung der Juristen besonders des vorigen Jahrhunderts gewesen ist und sich somit auch in der Anwendung wirklich Gültigkeit verschafft hat, und zwar bis auf die neuere Zeit, wie aus der obenangeführten Abhandlung von

---

24) L. 5. pr. si usufr.

25) Savigny Recht d. Bes. S. 13. 14.

Kind erhellt. Entstanden ist dieser Grundsatz ohne Zweifel einmal dadurch, daß sich in manchen dergleichen Fällen wirklich das Bedürfniß zeigte, bey dem Beweise einer Thatsache weniger streng zu seyn, dann aber insbesondere, weil die älteren Processualisten als eine Eigenthümlichkeit des summarischen Verfahrens überhaupt die Regel aufstellten, daß hier nicht allein an der Form des Beweises, sondern auch an dem materiellen desselben etwas nachzulassen, und mithin nur ein unvollständiger Beweis erforderlich sey. Da man nun bey Incidentpunkten eine summarische Verhandlung eintreten ließ, so war es natürlich, daß man auch hier von jener Regel Gebrauch machte, und endlich den Beweis bey der Negatoria hiernach normirte, da es ein schon von je überlieferter Satz war, daß das Eigenthum dabey nur ein Incidentpunkt sey. Was nun jene Regel selbst anlangt, so ist sie theils an sich, theils in ihrer Begründung so fehlerhaft, daß sie sich bey der jetzigen wissenschaftlicheren Behandlung des Processes kaum erhalten wird, und gewiß schon jetzt nicht mehr als gemeine Meinung gelten kann. Denn das Bedürfniß eines weniger strengen Beweises tritt keineswegs in allen Fällen ein, welche als Incidentpunkt vorkommen können [26]), und was das hauptsächlichste ist, die neueren Processualisten sind von jener Ansicht, daß bey summarischen Processen ein unvollständiger Beweis genüge, gänzlich zurückgekommen, und es ist jetzt vielmehr der Satz geltend geworden, daß der summarische Beweis, die Bescheinigung im formellen Verstande als Beweis im summarischen Processe, der Regel nach von dem Beweis im ordentlichen Verfahren materiell nicht verschieden sey [27]).

---

26) Auch ist in der neueren Zeit mit Erfolg behauptet worden, Incidentpunkte seien keineswegs immer summarisch zu verhandeln. Martin Civilproceß §. 32. a. E. (der 9. Ausg.)

27) Mittermaier der gemeine deutsche Proceß rc. IV. 1826. S. 97.

Indessen soll von der Gültigkeit dieser Regel hier nicht näher gehandelt werden; ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit ist nämlich für das Ziel der gegenwärtigen Untersuchung ganz gleichgültig, indem sich zeigen lassen wird, daß die Subsumtion des Falls unter dieselbe selbst ganz falsch ist.

Unsere Juristen waren gewohnt, als Grund der Negatorienklage die Freiheit des Eigenthums anzusehen. Diese Ansicht gründete sich wenigstens zum Theil auf die Gegenüberstellung der Confessoria und Negatoria als Actiones de servitute, indem es sehr nahe lag, so wie bey der Confessoria der Klagegrund, die behauptete Servitut, von der Eigenschaft des Klägers als Eigenthümers des herrschenden Grundstücks zu unterscheiden war, eben so auch der Conformität wegen bey der andern Klage einen vom Eigenthum verschiedenen Klagegrund anzunehmen. So mußte natürlich bey der Negatoria die Frage, ob der Kläger Eigenthümer sey, als ein Punkt erscheinen, welcher bey der aufgestellten Hauptfrage, ob das Eigenthum frey sey? nur nebenbey zur Entscheidung komme. In der That kann nun aber jene Ansicht einer nur etwas genauern Prüfung kaum Stand halten. Die Freiheit des Eigenthums kann nämlich schon deswegen nicht Klagegrund seyn, weil sie kein Recht, sondern nur die noch dazu bloß relative und negative Eigenschaft eines Rechts ist, und ohne Recht keine Klage sich denken läßt. Ausserdem würde man auch sagen können, der Grund der Vindication sey die Nichtbefugniß des Beklagten, die Sache zu besitzen, und sonach wäre am Ende der Klagegrund bey jeder Klage die Behauptung einer Rechtsverletzung von Seiten des Beklagten, ein solcher Sprachgebrauch aber wäre zum wenigsten so unzweckmäßig, als den bisher mit dem Klagegrund verbundenen Begriffen zuwider.

Wenn man den Grundsatz fest im Auge behält, daß zum Vorhandenseyn einer Klage zweierley erforderlich ist, erstens ein Recht, das auf diese Weise geltend gemacht werden kann,

und zweitens die Verletzung dieses Rechts, wovon das erste den Grund der Klage, das zweite hingegen, das freilich, damit die Actio nata sey, nicht weniger wesentlich ist, nur den Grund ihrer Anstellung bildet, so wird man wohl behaupten müssen, daß der Grund der Negatoria das Eigenthum und nichts weiter ist, wie bey der Vindication, und daß sich beide nicht in dem Klagegrund, sondern nur durch die Verletzung unterscheiden, von deren Beschaffenheit, ob sie nämlich eine totale oder eine partiale ist, die Anstellung der einen oder der anderen Klage abhängt. Auch wird wohl die Behauptung nicht weiter erwiesen zu werden brauchen, daß die Freiheit des Eigenthums von Beschränkungen kein eigenes Recht ist, das eine besondere Klage erzeugte, in der That ist mir auch kein Rechtssystem bekannt, worin sie als ein solches aufgeführt würde. Hiernach ist es denn auch klar, daß die Frage, ob der Negans Eigenthümer ist, durchaus keinen Incidentpunkt bildet, so wenig wie bey der Rei vindicatio, sondern daß dieses wirklich der Hauptpunkt der Klage ist, eben weil es der Grund derselben ist. Jene sonderbare Ansicht von dem Grund der Negatoria hat übrigens, wie sich aus der Literatur dieser Materie ergiebt, auf die ganze Lehre von dem Beweise bey dieser Klage den größten Einfluß gehabt; die richtige Meinung über das Verhältniß beider Parteien in dieser Beziehung wäre sicher schon längst durchgedrungen, wenn nicht ihre Vertheidiger eben sowohl als ihre Gegner von jener falschen Grnndlage ausgegangen wären.

Es ist oben bemerkt worden, daß die neueren Juristen die herkömmliche Meinung von dem Incidentpunkt noch näher und bestimmter dahin ausgebildet haben, daß es sich hier um eine Legitimatio ad causam handle. Dieser Begriff selbst gehört zu denjenigen in unserem Processe, welche noch am wenigsten genau erörtert und bestimmt sind, und die oft gelobte, weitläufige Abhandlung Gensler's möchte eher als Beleg denn als Widerlegung dieser Behauptung angeführt wer-

den können. Ja vielleicht liegt die Unbestimmtheit in der Sache selbst, so daß am Ende unsere Processualisten dahin kommen werden, diesen Begriff ganz zu entfernen und etwas besseres dafür zu substituiren. Eine solche Lehre muß nun an sich als ungeeignet erscheinen, daß an sie als den leitenden Grundsatz eine andere angeknüpft werde, hier kommt aber noch dieß hinzu, daß diese Anknüpfung schon nach der allgemeinsten Idee, welche der Legitimation zu Grunde liegt, unmöglich ist. Die Legitimatio ad causam, wenn man sie nicht gleich von vorne herein mit dem Beweis in der Hauptsache vermengen will, muß einen von dem eigentlichen Klagegrund verschiedenen Gegenstand haben. Mithin kann bey der Negatoria der Beweis, daß der Kläger Eigenthümer sey, nicht als Sachlegitimation im gewöhnlichen Verstande gelten, eben weil er nach den obigen Bemerkungen der Beweis in der Hauptsache selbst ist.

Das Resultat des bisherigen ist folgendes. Seit dem Wiedererwachen der Jurisprudenz hat sich bey den Juristen das Bedürfniß geltend gemacht, dem Kläger bey der Negatoria nicht schlechterdings den strengen Beweis des Eigenthums aufzubürden. Diesem Bedürfniß kam die ältere Praxis dadurch entgegen, daß sie nur den Beweis des Besitzes verlangte. Dieser damals allgemein geltende Rechtssatz wurde durch die neueren Juristeu verdrängt. Aber diese waren weit entfernt, eine andere, bessere Praxis an die Stelle der älteren setzen zu können, welcher wenigstens das Lob der Sicherheit und Zweckmäßigkeit nicht versagt werden kann [28]). Ihre

---

28) Die ältere Lehre hat nämlich insbesondere den Vorzug, daß sie aus dem Leben selbst gegriffen war. Es war ohne Zweifel billig, daß der Besitzer gegen mögliche Chikanen des Beklagten in Schutz genommen wurde, auf der andern Seite aber war es recht, eine ausserordentliche Begünstigung demjenigen zu versagen, der sich einer Sache als Nichtbesitzer, mithin als äu-

Ansichten von dem weniger strengen Beweis waren viel zu vag und unbestimmt, als daß sich eine feste Praxis hätte bilden können. Die Theorien, durch welche man jenes Bedürfniß anerkennen wollte, sind theils falsch, wie aus dem obigen erhellt, theils waren sie nicht einmal geeignet, feste Regeln für den Beweis zu erzeugen. Denn wie weit nun der Beweis erleichtert sey, was als Beweis oder Bescheinigung gelten sollte, das war weder aus der Eigenschaft eines Incidentpunktes, noch der einer Legitimatio ad causam zu entnehmen. Etwas sicherer war die Sache noch, als noch der Satz galt, daß die Verhandlung von Incidentpunkten stets summarisch sey, und bey einem summarischen Verfahren immer auch ein bloß auf Wahrscheinlichkeit gerichteter Beweis eintrete, wiewohl auch hier wiederum das meiste der Willkühr des Richters überlassen blieb. Als nun aber durch die Kritik der neueren Processualisten diese Haltpunkte selbst ganz zerstört wurden, da mußten jene Theorien schon an sich, selbst abgesehen von der Richtigkeit der davon gemachten Anwendung, für die Entscheidung der vorliegenden Frage ganz unbrauchbar werden. — Mithin steht die Sache jetzt so. Noch immer ist jenes Bedürfniß vorhanden und auch von unseren Juristen, wie sich aus der neueren Rechtsanwendung ergiebt, anerkannt. In der That scheint uns ein natürliches Gefühl der Billigkeit, welchem der Jurist bey der Ausbildung unbestimmter Punkte im Recht das Gehör nicht versagen darf, zu vermögen, dem Kläger hier, wo das Verneinen des Beklagten so leicht bloß Chikane seyn kann, die Möglichkeit eines leichteren Beweises zu verschaffen, um so mehr als er selbst bey der Vindication seines Eigenthums eine solche Hülfe

---

ßerlich Fremder annehmen und den Ausüber der Servitut ꝛc. belästigen wollte. Die neueren Theorien haben nur den Vortheil des Klägers als ihr Ziel im Auge, ohne die Kehrseite der Sache mit zur Betrachtung zu ziehen.

durch die Publiciana erhalten hat. Es ist nun die Pflicht und das gemeinsame Geschäft der Juristen, welche nicht über dem Alterthum die Gegenwart vergessen wollen, einem solchen Bedürfniß eine bestimmte juristische Gestalt zu geben, und die Forderung der Billigkeit und des nicht juristischen Bewußtseyns durch die Anschließung an das bestehende Rechtssystem zu einem wirklichen Rechtssatz zu erheben. Diese Pflicht haben unsere Juristen nach meiner Meinung noch nicht erfüllt, und daher kann auch gegenwärtig von einer sicheren Praxis über diesen Punkt noch nicht die Rede seyn. Alles was sie von dem leichteren Beweise sprechen, und wenn auch in den Gerichten noch so oft darnach entschieden worden ist, muß vielmehr als etwas willkührliches, unrechtliches erscheinen, eben weil es mit den bestehenden Rechtsgrundsätzen nicht in Einklang gebracht, und somit juristisch durchaus nicht begründet ist. — Meine Ansicht darüber ist folgende.

Der Eigenthumsklage bey totaler Verletzung des Eigenthums, der Rei vindicatio, steht in unserem Rechtssystem die Publiciana in rem actio zur Seite, durch welche der Kläger unter gewissen Bedingungen auf eine leichtere Weise zu seinem Ziele gelangen kann, als durch jene, bey welcher er sich einem Beweis unterziehen muß, der, wenn auch nicht so ans unmögliche gränzend, wie einige Juristen uns glauben machen wollen [29], doch häufig schwierig seyn wird. Die römischen Juristen haben die Publiciana auf den andern Fall der Eigenthumsklage, auf die Negatoria, in den Schriften, die wir von

29) Diese vergessen die erste Stelle des Pandektentitels de usurpationibus et usucapionibus, in welcher die Worte: ne scilicet quarundam rerum (solcher namentlich, die früher schon einen andern Eigenthümer gehabt haben, oder bey denen das Gegentheil nicht erwiesen werden kann) diu et fere semper incerta dominia essent — ohne Zweifel ganz bestimmt auf den Einfluß zu beziehen sind, welchen die Usucapion auf den Eigenthumsbeweis äußert.

ihnen besitzen, nicht ausgedehnt, und es ist nach der geschichtlichen Entwickelung jenes Rechtsmittels, soweit uns dieselbe bekannt ist, höchst wahrscheinlich, daß dieß von ihnen überhaupt nicht geschehen ist. Vielleicht hat sich auch bey ihnen aus besonderen Gründen, die wir nicht kennen, kein solches Bedürfniß geltend gemacht, wie in der neueren Zeit. Dieß kann nun aber uns nicht hindern, durch eine solche Ausdehnung, welcher weder die Natur der Sache noch die Stellung, die das Rechtsmittel in unserem Rechtssystem hat, zuwider ist, unseren Bedürfnissen zu genügen, und eine Actio publiciana negatoria zu gestatten, mithin bey der Negatoria den Beweis des Usucapionsbesitzes für hinreichend zu erachten.

Dieß kann auch gar nicht als eine unzuständige Ausdehnung des Rechts, als eine gesetzgeberische Abänderung desselben angesehen werden, denn wenn man die bisherige ganz willkührliche Praxis ins Auge faßt, so muß jenes eher als eine Einschränkung, denn als eine Erweiterung erscheinen; und wirklich finden sich in dem bestehenden Recht die Momente, welche hier nur in eine neue Form gebracht sind. Unsere Juristen geben denen, welche ein Jus in re haben, nach der Analogie unserer Quellen, welche solchen Personen die Confessoria verstatten [30]), eine utilis actio negatoria, und bey gewissen Jura in re mit Recht. Ja viele Praktiker haben die Negatoria so weit ausdehnen wollen, daß am Ende alle Klagen unter ihren Begriff gefallen wären, indem sie, wo es ein Recht zu verneinen gab, gleich mit unserer Klage bey der Hand waren, so daß dabey nicht mehr von einer Eigenthumsklage, aber darum freilich auch nicht mehr von unserer Negatoria die Rede war [31]). Ich könnte mich sogar auf eine Auto-

30) L. 16. de servitut.

31) S. z. B. Kind. Quaest. III. 18. und in noch höhrem Grade die bey ihm angeführten Schriftsteller.

rität für meinen Satz berufen, indem schon Pufendorf [32] nach Analogie der Publiciana eine utilis negatoria actio aufstellte, wenn er dieß genauer und richtiger durchgeführt hätte, als es wirklich von ihm geschehen ist. Indessen beweist dieß, daß meine Annahme einer Actio negatoria publiciana dem bestehenden Recht keineswegs zuwider ist, so wie denn auch, wenn vorkommenden Falls auch noch der Calumnieneid von dem verneinenden Beklagten gefordert werden kann, jenem Bedürfniß dadurch abgeholfen ist, ohne daß man weiter nöthig hat, sich mit einer schwankenden, unbestimmten Wahrscheinlichkeit zu begnügen, und die Norm für die Beweisführung der subjectiven Willkühr des Richters zu überlassen.

---

32) Observatt. 1. 36.

Von
dem Recht der Lex Cincia.

Von

Hasse.

Savigny hatte erst neulich (1820) diesen interessanten Gegenstand wieder einmal zur Sprache gebracht, als die so betitelten Vaticanischen Fragmente (1824) herauskamen, und die erwünschtesten Aufschlüsse brachten, aber auch zugleich wieder harte Knoten schürtzten, an denen wir vielleicht noch lange werden zu lösen haben. Der Aufsatz von Savigny stand bekanntlich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Band 4. Heft 1. N. 1. Die Grundgedanken, wie sie dort niedergelegt worden, sind nach meiner Ueberzeugung noch immer die richtigen, wenn auch Einzelnes nach der neuen Quelle eine andere Gestalt angenommen hat. Gegen diese Schrift von Savigny ward damals eine Kritik in den Heidelb. Jahrbüchern 13. Jahrg. H. 8. August S. 780—814 gerichtet. Sie hat Grundirrthümer, die die Vaticanen jetzt völlig aufgedeckt haben, und der Ton, der darin herrscht, ist nicht ansprechend, aber wer eine vollständige Litteratur dieser Materie schreiben wollte, müste auch das Gute darin herausheben, und sie ist ohne Zweifel mit Studium und viel Scharfsinn geschrieben. Niemand darf sich schämen, in dieser Materie geirrt zu haben, und vielleicht wird das noch nach den Vaticanen lange wahr bleiben. Seitdem sind nun folgende Schriften über diesen Gegenstand erschienen.

1. *Ad. Aug. Fr. Rudorff* de Lege Cincia. Berol. 1825. 8. Diese Inaugural-Dissertation ist mit Fleiß und vielem Talent gearbeitet; nur hat sie keinen rechten Ausgang, da sie offenbar den schwierigsten Punkt ungelöst läßt. Es ist aber eine treffliche Vorarbeit, sie hat um den Text der hierher gehörigen Vatican. Fragmente unleugbare Verdienste, und die Darstellung läßt fast nichts zu wünschen übrig.

2. Ein großer Theil von Wencks Vorrede zu *Haubold* opuscula academica Lips. 1825, nämlich von Seite 37 bis 61, gehört unserm Gegenstande an. Er wird darin so behandelt, wie es sich von dem würdigen und gelehrten Verfasser erwarten ließ. Rudorff's Abhandlung ist Gerechtigkeit widerfahren, einiges ist jedoch darin berichtigt, Nachträge zur Herstellung des Textes sind geliefert; auch manches Eigenthümliche enthält der Aufsatz, dem man nur nicht immer beypflichten kann.

3. Civilistische Abhandlungen von Dr. Wilhelm Francke, Privatdocenten in Göttingen. 8. Erste Abhandlung: über die lex Cincia S. 1—64. — Von No. 2. hat der Verfasser, so viel ich bemerkt habe, keine Notiz genommen. Dagegen kann die Abhandlung einem nicht kleinen Theil nach als eine Streitschrift gegen Rudorff angesehen werden, und es ist nicht zu leugnen, daß der Verfasser zuweilen Recht gegen ihn hat. Er hat aber selbst sein Gebäude, wenn ich nicht sehr irre, zu künstlich gezimmert, was jedoch kaum ein Tadel seyn soll, denn bey solchen Schwierigkeiten mag sich wohl einmal die Kunst selbst überbieten. Worin wir hauptsächlich nicht mit ihm übereinstimmen können, wird sich im Verfolg ergeben.

4. Sibout Cornelis Klinkhamer Commentatio *de donationibus*, praes. Jacobo van Hall, Amstel. 1826. 8. — Der Verfasser bekam No. 1. erst zu Gesicht wie schon ein Theil seiner Disputation gedruckt war. Sie ist mit vielem Fleiß gearbeitet, und handelt bis S. 89. sehr ausführlich von der

Lex Cincia; aber es darf nicht verschwiegen werden, daß es doch ein sehr unreifes Werk ist. Schon ein großer Mangel ist es, daß der Verfasser nicht wie Rudorff die Uebung und Geschicklichkeit besaß, sich einen ächten Text zu bilden, er argumentirt daher öfter aus einem ganz falschen Text, er hat diesen, wo er nicht etwa einmal unrichtig corrigirt hat, so stehen lassen, wie ihn Mai, der zu unsrer Freude damit eilte, herausgab, selbst da hat er ihn unverändert gelassen, wo sich aus dem mangelhaften Buchstaben, auch ohne Loupe, das Aechte leicht erkennen ließ, wie z. B. das Interdictum *utrubi* in §. 311. Dieser wahrhafte Tadel hat gewiß nicht die Absicht, dem Verfasser weh zu thun, oder ihm den Muth zu benehmen, damit hat es auch nicht so leicht Noth, denn es scheint ihm allein schon hinreichendes Selbstvertrauen (s. nur gleich S. 26. 27.) verliehen zu haben, daß er unsern Savigny mehrmals mit den neuen Palimpsesten in der Hand hat widerlegen können. Ist das nun auch nicht die ersprießlichste Art sich auszuzeichnen, und auch nicht die belehrendste für Andre, so ist es doch mit Anstand geschehn (in der Vorrede äußert er sich bescheiden und höflich darüber) und man muß es loben, daß der Verfasser nicht dem Muster mancher teutschen jüngern Schriftsteller gefolgt ist, welche es sich eigends zum Geschäft zu machen scheinen, ausgezeichnete Männer zu bedeuten, wie sie nichts Klügeres thun könnten, als bey ihrer grünen Weisheit in die Schule zu gehn.

Außer diesen die Materie im Ganzen abhandelnden Schriften findet sich in den interessanten Observationes iuris civilis von v. Schröter ein Aufsatz (obs. 5ta) de popularibus seu vulgaribus exceptionibus ad legem Cinciam, wozu der Ausdruck in den Vatican. Fragmenten §. 317: »quasi popularis sit haec exceptio« Veranlassung gegeben hatte, bey der Gelegenheit wird denn aber auch das Jus Cinciae kurz dargestellt. Sodann hat *Klenze* ad Fragmenta legis Serviliae repetundarum Berol. 1825. 4. die in der Lex Cincia sich fin-

benden Personae exceptae mit in andern Gesetzen vorkommenden auf eine passende Weise verglichen. Und endlich hat Schrader in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft B. 1. H. 1. S. 183—186 einige willkommene Bemerkungen gemacht.

Was wir hier nun zuerst zu thun haben, ist, daß wir uns die einzelnen Theile und Fälle, die in dem Recht des Cincischen Gesetzes in Anrege kommen, möglichst vollständig vors Auge bringen, und das Recht selbst daran demonstriren, damit wir genau wissen, wovon die Rede ist, und nicht bey Bildung einer neuen Theorie, wie es schon geschehn ist, wichtige Fälle ganz unbeachtet lassen. Dazu wird aber etwas Ausführlichkeit nöthig seyn. Bey dieser Gelegenheit erlaube man mir die Bemerkung: ich weiß nicht, wie die guten Leute heut zu Tage so oft von Weitläuftigkeit und großer Breite reden, man sollte meinen, sie hätten entsetzlich viel Verstand, daß sie alles so gar leicht begreifen könnten. Es ist ordentlich Modewort, wenn ein scheelsüchtiger Verkleinerer keinen andern Tadel aufbringen kann, so spricht er von Breite. Es gehört doch eben keine wunderbare Kraft dazu, wenig zu sagen, wenn man wenig weiß, und wenig Gedanken hat. Viel zu sagen und kurz, ist freilich schön, wird aber selten verstanden [1]. Ueberdieß ist es nichts Außerordentliches, daß wer über eine Sache ein Vierteljahr nachgedacht hat, mehr darüber zu sagen weiß, als wer eine Viertelstunde; und z. B. wenn jemand drey Jahre an einem Commentar über des Gajus Institutionen gearbeitet hätte, so könnte er vermuthlich

---

1) Wir dürfen uns wohl nach dem Muster der Alten bilden: Ulpian in seinem volumininosen Commentar zum Edict, läßt es bey viel Sachfülle auch nicht an Wortfülle fehlen, dagegen in den sogenannten Fragmenten hat er meistens eine sehr prägnante Kürze, beides wohl überdacht und zweckmäßig. Papinian ist freilich immer kurz, aber auch oft dunkel, und man

mehr Gescheites darüber vorbringen, als wer ein solches Werk in vier Wochen zu Ende führte. Allerdings ist es wahr, es gibt Bücher, von ihren Verfassern vielleicht für recht kurz und bündig gehalten, weil sie grade keine dicke Bände machen, die aber auf ein Achttheil reducirt grade noch um ein Achttheil zu lang seyn würden. Doch dieß sind wirklich schon viel zu viel Worte an einen so unbedeutenden Griesgram verschwendet.

Unser Plan ist nun dieser: wir wollen das Recht der Lex Cincia zuförderst nicht grade so darstellen, wie es aus dem Buchstaben des Gesetzes unmittelbar hervorgegangen ist, sondern so wie es zur Zeit der Rechtsquellen galt, welche in den Vaticanischen Fragmenten hier benutzt worden sind; dabey dürfen wir allerdings auch Belege und Nachrichten aus den Quellen hernehmen, die man bey der Justinianischen Compilation benutzt hat, wenn sie nur ungefähr in dieselbe Zeit fallen: es ist dieß die Zeit der von uns sogenannten klassischen Juristen bis Diocletian einschließlich, zu dessen Zeit bekanntlich der Flor schon einige Zeit aufgehört hatte. Es sollen aber nicht ausgeschlossen seyn solche etwas spätere Quellen, die auf diese Zeit zurückschließen lassen. Die Lex Cincia ist bekanntlich viel früher, aus der Mitte des sechsten Jahrhunderts ab Urbe (550), die Frage, wie viel dieses Recht der ersten reinen Vorschrift dieses Plebiscits, wie viel der Interpretation, dem Gerichtsgebrauch und späteren Zusätzen verdanke, das wollen wir erst einmal ganz dahingestellt seyn lassen. Es läßt sich, meine ich, dieses Recht ohne eine vor-

---

kann es nicht immer schön finden, wie er die Sätze in einander schiebt. Und ich sollte meinen, die Kunst des Styls besteht nicht grade darin die wenigsten, sondern die schicklichsten und wenn ich so sagen darf, durchsichtigsten Worte zu wählen, die Kunst mancher Schriftsteller besteht darin, die mehrsten und die häßlichsten sich auszusuchen.

angegangene historische Erörterung, die hier schon stöhrend eingewirkt hat, aus jenen Quellen für den angegebenen Zeitpunkt ziemlich rein und vollständig erkennen.

§. 1.

Wer eine Schenkung vornahm, der war damit nicht immer und in alle Wege gebunden, wenn er auch die Formen beobachtet hatte, die sonst bey Geschäften hinreichten, welche mit der Schenkung zu einem Genus gehörten. Er konnte die Schenkung widerrufen, wenn nicht gewisse Erfordernisse beobachtet waren, die den Schenkungen aber eigenthümlich waren, wenn sie auch den Erfordernissen andrer Geschäfte nahe verwandt waren.

Die Erzeigung einer freien Gunst (Liberalitas), wodurch man sich ärmer, den andern reicher macht — worin eben der Charakter der Donatio liegt [2]) — kann bekanntlich zunächst auf mehrerley Weise vollzogen werden. Es läßt sich denken, daß man noch bloß erst etwas verspricht, aber donandi animo. Im gemeinen Leben würde man sagen, er schenkt noch nicht, er verspricht erst zu schenken, nach genauerer juristischer Ansicht müste man aber sagen, er schenkt schon augenblicklich, nämlich den Contract, die Obligatio, wenn er nachmals das Versprochene hingibt, so erfüllt er schon seine Verbindlichkeit, schenkt aber streng genommen nicht mehr, da er schon iure cogente handelt [3]). Dabey wird denn aber allerdings vorausgesetzt, daß das Versprechen gültig war, denn durch Erfüllung des unkräftigen Versprechens schenkt er noch immer, da es ja an dem ius cogens fehlte. Es muß also auch eine wirksame Form beobachtet seyn.

§. 2.

Gültige Form für alle Contracte ohne Unterschied war bey den Römern die Stipulation, sie war nicht bloß nicht

2) Meine Schrift über Güterr. d. Ehegatten S. 386 ꝛc.

3) Meine angef. Schrift S. 391.

durch ihren Stoff charakterisirt, was von jedem Formalcontract, also auch von dem alt-römischen Literalcontract gilt, sondern sie war auch jedem obligatorischen Stoff gerecht, was bey dem Literalcontract nicht so durchaus scheint der Fall gewesen zu seyn.

Wollte man also schenkungsweise versprechen, so muste nach gemeiner Regel von Geschäften durch Stipulation dieß vollgültig bewerkstelligt werden können. Ein pactum nudum dagegen muste, um so eine Obligatio donationis causa zu constituiren, gänzlich unzureichend seyn, mogte nun dieses formlose Versprechen mündlich oder schriftlich gegeben seyn [4]. Dieß Letztere ist in mehrern Stellen der Vaticanischen Fragmente deutlich ausgesprochen [5], so daß man auch nicht an die hier etwa noch möglichen Wirkungen einer Obligatio naturalis zu denken hat. Es war damit rechtlich gar nichts geschehn und ausgerichtet, eine Schenkung war damit noch nicht einmal angefangen. Selbst eine Erklärung darüber vor Gericht, eine professio ad acta, die späterhin im römischen Recht so viel Bedeutung erhielt, konnte ein solches formloses Versprechen nicht wirksam machen, es blieb sine omni effectu [6].

---

4) Etwas seltsam lautet bey Klinkhamer S. 17. »at nulla res, ne minima quidem, nuda promissione vel pacto alteri adquirebatur.« Wie könnte man es anfangen, durch Versprechen auch das förmlichste Eigenthum zu übertragen? Durch Vertrag, ja freilich das ist möglich, man wird sich einig, augenblicklich soll Eigenthum übergehn, und das kennt allerdings das röm. Recht nicht.

5) §. 263. Eam, quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, — nihil egisse placuit (Papin). §. 293. verb. si hanc (traditionem) secutam *post huiusmodi placitum* non constet, manifeste *nec coepta* (donatio) videatur.

6) Vat. §. 266. in f. §. 268. §. 285.

Dagegen eine Stipulatio konnte nach gemeiner Regel ihre Wirkung hier so wenig, wie bey anderm Contractsstoff versagen.

§. 3.

Das trifft nun auch bey vielen Schenkungen zu, nur das Beneficium competentiae konnte bey diesen in einem einzelnen Fall, so weit der Schenker insolvent war, eine Ausnahme machen [7]), was aber der Schenkung nicht eigenthümlich war, da es unter Umständen auch bey dos promissa und in andern Fällen Statt fand [8]). Sobald aber eine Schenkung die Lex Cincia berührt, so tritt etwas Besondres ein, und die gemeine Regel reicht nicht aus. Dieß Gesetz hatte ein Maaß der Schenkungen bestimmt, irgend eine Summe als Maximum angegeben [9]), welche? darüber fehlt uns eine bestimmte Nachricht. — Es gibt mehrere Vermuthungen darüber, die alle bis jetzt nicht aushelfen. Klinkhamer (S. 46—50) eigenthümlich ist die Hypothese, daß es das Maaß der Lex Furia (mille asses) gewesen. Er zieht dort die vollständigste Parallele zwischen den beiden Gesetzen, Legatum und Donatio mortis causa seien so gut Schenkung als Donatio inter vivos, für jene ersteren sey die Lex Furia in allen Stücken grade das gewesen, was die Lex Cincia für die letztere. Dabey geht er von Schrader's ehemaliger Behauptung (Civilist. Magaz. B. V. S. 166 Octob. 1814) aus, daß die L. Furia nicht, wie die Justinianischen Institutionen aus Unkunde angäben, die Ueberschwerung der Erbschaften mit Legaten und

---

7) L. 12. L. 33. pr. §. 3. D. de donat. L. 30. L. 19. §. 1. D. de re iud.

8) L. 21. 22. L. 17. 18. S. de re iud.

9) Vat. §. 304. Excipit (Lex Cincia) tutorem — quia tutores — nam permisit eis *in infinitum* donare (Paul.), vergl. mit. Ulp. I. 1. und Paul. R. S. V. 11. Vgl. auch L. 7. §. 1. D. de Lege Jul. repetund.

die daraus häufig entstehende Vacanz der Erbschaften, sondern »Erpressungen unerlaubter Einnahmen in Form von Erbschleichereien,« hätten verhüten wollen. Nur das will er nicht gelten lassen, daß das legare in der L. F. mit auf heredis institutio gegangen sey. Irre ich nicht, so hat mein gelehrter Freund diese Meinung längstens aufgegeben, nachdem sich ausgewiesen hat, daß das Zeugniß nicht von Justinian, sondern von Gajus (II. 224.) ist. Ich bin zwar keiner von denen, welche diesem Schriftsteller in historischen Dingen eine unerschütterliche Auctorität zuschreiben, z. B. halte ich seine historische Erklärung (II. 55.) der Usucapio pro herede für ungründlich, und wenn man sie nicht bloß auf die späteren Motive, weswegen man sie so lange nicht aufhob, beziehen will, auch für falsch, aber man kann sich leichter über den Grund eines alten Gewohnheitsrechts, als über den klaren vorliegenden Buchstaben eines Volksgesetzes, dessen Sinn und Motive irren. Doch ich will es ganz meinem Freunde überlassen, wie viel er von seiner Behauptung noch stehen lassen will, aber erstaunen wird er über die Anwendung, die hier davon gemacht worden. Auch die L. F. enthielt zwey Kapitel, eins über Legate, die an Patronos causarum (ob causam orandam) vermacht worden, dessen die Quellen nur nicht gedenken, darauf stand poena quadrupli; das zweite über den Modus der Legate, und da sey die Lex auch imperfecta gewesen grade wie die L. Cincia. Sagt man ihm nun, es sey doch ein gründlicher Unterschied zwischen einer eigentlichen Schenkung und einer Gabe auf den Todesfall, da bey der letztern der Geber nichts mehr verlieren kann, so wird er erwidern, das sey nicht antik, das sey eine moderne Vorstellung. Sagt man ferner, daß doch die Erbeinsetzung, die er selbst (not. k.) aus Schrader's in sich consequenter Vorstellung herausgeschnitten, im Effect eben so gut eine Schenkung sey, wenn nur der Erblasser nicht insolvent sey, so wird er antworten, die Römischen Juristen nannten das doch

nicht Donatio, und wird sich dadurch nicht irre machen lassen, daß dann das Gesetz gar nichts nütz gewesen; hält man ihm den Ulpian I. 2. entgegen, so sagt er, wirklich sagt er S. 49, Ulpian habe hier sehr fehlerhaft (»perperam«) die beiden Capitel der L. Furia vertauscht, und von dem zweiten (bekannten) das behauptet, was von dem ersten (unbekannten) nur allein wahr sey. Und das ist derselbe Schriftsteller, der einige Seiten weiter herunter (S. 57), einen von ihm sehr verschiednen Autor wegen der zu kühnen Behauptung, daß derselbe Ulpian in I. 1. die Vorschrift Antonins über die exceptae personae in die Lex Cincia selbst müsse hineingetragen haben, nicht leise tadelt. Hier wird das Getadelte nachgeahmt, und bey weitem überboten. — War nun dieses Maaß überschritten, so war nach dem Recht, von dem wir jetzt reden, die Stipulation ohne Kraft, denn es fand dagegen eine Exceptio perpetua Statt [10]. Ja es scheint hier, weil die Exceptio so allgemein und durchgreifend war, gar keine Actio gegeben worden zu seyn, sobald der Beklagte vor dem Prätor diesen Einwand machte, und nur über das Maaß entschieden war [11].

---

10) Vat. §. 266. Indebitum — solutum accipimus, non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est *perpetuam exceptionem*. — Unde si quis contra legem Cinciam obligatus — — solverit, debuit dici, repetere eum posse. — — (Ulpian).

11) Darauf muß dieß nämlich beschränkt werden, wenn anders überhaupt in dem Rescript von Severus Vat. §. 267 nuda für nova zu lesen seyn sollte: actio nuda (Cod. nova) ex promissione, quae donationis causa facta sit, non dari solet. Daraus würde noch nicht folgen, daß die Obligatio ipso iure nichtig war, es ward nur die Actio versagt, weil sich voraussehn ließ, daß der Exceptio wegen vergeblich seyn würde, sie zu geben, d. h. den Judex auf die Sache zu instruiren. Nuda promissio, wo es sonst vorkommt, hat immer eine bestimmte Beziehung, z. B. auf Mangel an Bürgschaft oder Pfand, so hier auf überschrittenes Maaß der Schenkung.

Auf jeden Fall war es im juristischen Effect, wenn man bloß noch auf die Gebundenheit des Promittenten sieht, ganz so gut, als wenn gar keine Klage vorhanden war [12]). Dieß ist also ein den Schenkungen eigenthümliches Recht, welches mittelbar oder unmittelbar von der Lex Cincia herrührt.

Man konnte also eine Obligatio ultra modum gar nicht schenken, denn eine andre Form wie Stipulatio gab es hier nicht [13]).

§. 4.

Gesetzt denn nun aber ferner, man wollte eine Sache (einen Körper) gleich schenken (rem donare), d. h. sie dem Andern schenkend hingeben, wie war das so zu bewerkstelligen, daß die Schenkung gültig war? Die Absicht war hier ohne Zweifel, Eigenthum zu übertragen, wenn man es anders selbst hatte. Nach gemeiner Regel von Geschäften war hier also erforderlich, daß Eigenthum übergehe [14]), aber auch nur dieses, welche Form man gewählt haben mogte. In einer Zeit also, wo das Eigenthum unter Römern sich noch nicht entzweit hatte, aber doch schon der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi Statt fand, hätte bey den erstern, schon nach gemeiner Regel, wenn die Schenkung ganz ihren Zweck erreichen sollte, nuda traditio nicht hingereicht, wohl aber in iure cessio oder mancipatio, und zwar, so weit das überhaupt seyn konnte, ohne Tradition, also sola man-

12) L. 25. D. de V. O. L. 42. §. 1. D. de obl. et act. L. 13. 66. 112. 115. §. 1. D. de R. J. L. 10. 55. D. de V. S.

13) Es ließe sich nur noch ein Literalcontract als möglich denken, daß dieser hiezu aber nicht gebraucht worden, können wir versichert seyn. Vergl. L. 26. D. de donat.

14) L. 9. §. 3. D. de donat. Donari non potest, nisi quod eius fit cui donatur.

cipatio hätte wenigstens bey fundis hinreichen müssen [15]; bey rebus nec mancipi hätte allgemein traditio geschehen müssen, in so fern nicht etwa in iure cessio ohne diese geschehen konnte, denn die war auch bey allen beweglichen res nec mancipi möglich, bey unbeweglichen res nec mancipi, nämlich Provincial-Grundstücken, war traditio unfehlbar nöthig, da in iure cessio bey ihnen nicht möglich war: wo aber traditio erforderlich war, da war sie es auch nur grade so, wie sie zur Uebertragung des Eigenthums nöthig war, also es muste juristischer Besitz (Possessio) augenblicklich übertragen werden und weiter nichts [16]. Die übrigen Formen, wie Eigenthum übergehn konnte, von der Usucapio abgesehn, waren hier nicht anwendbar, z. B. auch nicht Adiudicatio, da die Judicia divisoria nicht auf Schenkungen eingerichtet waren.

§. 5.

So war es auch, wenn unter dem Maaß der Lex Cincia geschenkt wurde. In Folge des Rechts dieser Lex war es aber der Regel nach anders. Die Vaticanischen Fragmente sprechen hier immer nur von mancipatio, der cessio in iure erwähnen sie gar nicht. Diejenigen, welche so geneigt sind aus dem Stillschweigen dieser neuen Quelle viel zu schließen, könnten daher versucht seyn, die letztere hier ganz auszuschließen, wenn dieselbe nicht zufällig einmal in einem uns aufbehaltenen Bruchstück des Cod. Hermogenianus (VI. 1. in f.) bey Schenkungen erwähnt würde. Daß ihrer sonst hier nicht gedacht wird, kommt wohl von der Seltenheit des Gebrauchs schon zu Gajus Zeit [17]. Nun soll aber nach dem Jus Cinciae bey res mancipi die bloße

---

15) S. Ulp. XIX. 6.

16) S. vorzüglich L. 6. D. de don.

17) Gaius II. 25.

Mancipatio nicht hinreichen, sie soll allerdings geschehn, aber Traditio soll hinzukommen, damit eine über das Maaß der Lex Cincia hinausreichende Schenkung Gültigkeit erlange. Also weder sola mancipatio, noch sola traditio war hinreichend.

> Vat. §. 311. Sed in persona non excepti (d. h. nach regelmäßigem Schenkungsrecht der Lex Cincia) sola mancipatio vel promissio non perficit donationem. (Paul).
>
> Vat. §. 313. Donatio praedii, quod mancipi est, inter non exceptas personas *traditione atque mancipatione* perficitur, eius vero quod nec mancipi est, traditione sola. (Dioclet.).

Ja es war nicht einmal die zur Mancipatio hinzukommende Traditio immer an sich hinreichend, sondern bey beweglichen Sachen (Sklaven, Pferde, Stiere, Esel, Maulesel) mußte noch ferner hinzukommen, daß der Beschenkte die Oberhand habe in dem Interdictum utrubi. Nach den eben angeführten Worten des §. 311. der Vaticanen heißt es:

> in rebus mobilibus, etiamsi traditae sint, exigitur ut et Interdicto utrubi [18]) superior sit is cui donata (res) est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita.

Was dieß bedeute, davon unten. Eine bewegliche Sache, die nec mancipi war, konnte nicht mancipirt werden, und so war Tradition erforderlich [19]). Diese war aber auch hier

18) So liest schon Rudorff S. 22. offenbar richtig statt des vel. Die Mai'sche Correctur, das vel dem interdicto vorzusetzen, hat angenommen Klinkhamer S. 66.

19) Wer annimmt, daß eine Cessio in iure ohne Tradition geschehen konnte, der könnte hier auch fragen, war denn diese förmliche Erwerbart hier nicht allein hinreichend, und weshalb ward sie nicht erfordert? Das Letztere beantwortet sich kaum aus der erwähnten Seltenheit des Gebrauchs, da es die Frage ist, ob sie schon zu der Zeit Statt fand, als dieß Recht aufkam.

nicht für sich, und so wie sie sonst zur Uebertragung des Eigenthums dienen konnte, hinreichend, sondern es muste das Interdictum utrubi eben so wie dort berücksichtigt werden [20]). Bey unbeweglichen res nec mancipi (Provincialgrundstücken) war weder in iure cessio noch mancipatio möglich, und so war nur inducere in vacuam possessionem erforderlich, und so konnte man hier allein sagen, sola traditio reiche hin, wie es am Ende der aus Vat. 313. angeführten Worte heißt [21]). Unbewegliche res mancipi (Italische Grundstücke) erforderten dagegen Mancipation und Tradition, nur daß hier natürlich das Interdictum utrubi nicht in Betracht kommen konnte.

§. 5. *a.*

Welches waren denn die Folgen, wenn bey einer res donata eines dieser Requisite nicht beobachtet war? dem Schenker stand die Exceptio Legis Cinciae zu, wo es aber erforderlich war, da ward auch eine Replicatio Legis Cinciae gegeben, oder auch selbst eine Klage, eine Actio rescissoria oder Condictio. Wir wollen die verschiedenen Fälle, die hier möglich waren, aussondern.

1. res mancipi.

a. unbewegliche. Waren diese bloß mancipirt, so war nun freilich das Eigenthum formell übergegangen; aber die Exceptio Legis Cinciae vereitelte dieß. Wollte der Beschenkte, sein Universal- oder Singular-Successor (denn er konnte ja sogar die abwesende Sache gültig weiter mancipiren) die rei vindicatio anstellen, so konnte man ihn mit dieser Exceptio zurücktreiben. Auch dem Erben stand diese zu, wenn er erweisen konnte, daß der Erblasser bey seinen Lebzeiten seinen Entschluß zu schenken zurückgenommen habe, denn

---

20) S. die angeführten Endworte des §. 311. der Vaticanen.

21) Vergl. §. 293.

sonst ward die perseverantia voluntatis präsumirt, und aus dieser hatte der Beschenkte eine Replica doli[22]. Aber auch wenn der Schenker selbst, oder sein Erbe, nachdem er seinen Willen vor seinem Tode verändert hatte, die geschenkte Sache abermals veräußert und dem Dritten (Käufer, Beschenkter oder wer sonst) dieselbe tradirt hatte, so stand diesem die Exceptio gegen die Vindication des Beschenkten zu. Hier war aber irgend ein Punkt streitig unter den beiden Schulen, man sollte aber denken, es sey bloß der gewesen, ob wenn ein Dritter zufällig in den Besitz der Sache gekommen war, diesem die Exceptio legis Cinciae zu gewähren sey, auch wenn der Schenker noch nicht widerrufen hatte. Die Proculejaner schienen dieß so allgemein, wie es nur möglich war, zugestanden zu haben, «quasi popularis sit haec exceptio», sagt Ulpian. Ob er ihnen durchaus recht gebe, darüber erklärt sich Ulpian nicht näher[23].

---

22) Vat. §. 312. — cum imperfectam (donationem) perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet. — (Dioclet.) Vat. §. 294. — — — Diversa ratio est contra legem Cinciam factae donationis; tunc enim exceptionem voluntatis perseverantia doli replicatione perimit. (Papinian.) So berichtigte den Text Keller in der Themis B. 6. S. 525. — Vat. §. 259. — — morte Cincia removetur.

23) Vat. §. 266 — semper exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, ut Proculejani contra Sabinianos (so liest gewiß richtig statt tabulas Rudorff S. 35. Not. 4.) putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio; sed et heres ejus, nisi forte durante voluntate decessit donator, etenim doli replicationem locum habere (dicendum est, ist wohl zu suppliren, denn wie Wenck. l. c. §. XLVI bemerkt, das Imperator noster gehört schon zum Folgenden.) Es ist das eine bessere Bemerkung als die des Klinkhamer, daß man die Worte des Rescripts hier nicht erfahre. Ueber den Ausdruck popularis exceptio s. v. Schröter. a. a. O. — Die Schwierigkeit, die Rudorff darin findet, daß es in dem §. 266 heißt: contra legem Cin-

§. 6.

Nun konnte es aber auch seyn, daß der Beschenkte selbst, dem nur noch mancipirt worden, zufällig in den Besitz gekommen war. Vindiciren konnte hier der Schenker ipso jure nicht, denn er hatte kein Eigenthum mehr, unmöglich aber konnte doch durch einen solchen Zufall eine imperfecta donatio vollaus wirksam werden. Auch ein Interdict war hier nicht, wenn der Beschenkte nicht vi, clam oder precario gegen den Schenker besaß; auch das Interdictum utrubi konnte leicht seine Dienste versagen, denn es konnte ja seyn, daß der Schenker im letzten Jahre gar nicht besessen hatte. Entweder muste also dem Schenker eine Actio rescissoria gegeben werden, wobey fingirt wurde, es sey nicht mancipirt, was doch mancipirt war [24]), oder es muste ihm eine Condictio gestattet werden. Das Letzte läßt sich durch Vat. §. 266 unterstützen, obgleich hier nicht die Condictio indebiti, sondern nur die Condictio sine causa seyn kann; das Erstere hat nach Analogie der L. 21. D. de donat. noch weniger Bedenken: ich glaube daher, daß der Schenker wählen konnte, ob er, um seine Revocation durchzusetzen, dinglich oder persönlich klagen wollte. Auch sein Erbe muste dieses Recht haben, wenn er vor dem Tode revocirt hatte. Ob aber auch der Dritte, dem etwa der Erblasser später bloß tradirt oder auch mancipirt und tradirt hatte, dieser Rechtsmittel sich habe bedienen können, darüber läßt sich nicht wohl zur Gewißheit kommen. — Alles dies konnte aber nur zur Frage kommen, so lange nicht der Schenker die Tradition der Mancipation hinzufügte, was auch dadurch geschehen konnte, daß er dem

ciam obligatus non excepto solverit, da man doch einem Exceptus gegen das Gesetz nicht obligirt seyn konnte, hebt sich leicht, wenn man nur dem non exceptus statt einem non exceptus übersetzt.

24) Vergl. §. 5 I. de action.

Beschenkten erlaubte, sich der beschenkten Sache in seiner Abwesenheit zu bemächtigen, und dieser es that[25].

§. 7.

War nun aber eine solche res mancipi dem Beschenkten bloß tradirt, so ging die Sache, um das Ius Ciнciae zu realisiren, einen andern Gang. Hier hatten Erblasser, Erbe, und der Dritte, dem von diesen mancipirt worden, die rei vindicatio. Dieser konnte dann zwar die Exceptio rei donationis causa traditae (ähnlich der Exceptio rei venditae ac traditae) entgegengesetzt werden; aber diese ward wieder durch die replicatio Legis Cinciae vereitelt. Grade ein solcher Fall kommt vor im §. 259 der Vaticanen, nur daß dort gegen die Erben die duplicatio doli gegeben wird, weil die Verstorbene nicht widerrufen hatte. — Alles dieß konnte aber nur Statt finden, so lange nicht der Schenker die Mancipation der Tradition hinzufügte.

§. 8.

b. Bewegliche res mancipi. War hier möglich eine Mancipation ohne Tradition, so gilt in alle Wege dasselbe; sonst ist nur der letzte Fall einer nuda traditio hier möglich, und da gilt denn wieder ganz dasselbe, in dem angeführten §. 259 ist grade von beweglichen Sachen die Rede.

Allein es konnte hier ja auch noch vorkommen, daß mancipirt und tradirt, aber das Interdictum utrubi vom Beschenkten noch nicht gewonnen war. Ich glaube, daß auch hier, so lange dieß noch nicht der Fall war, ganz dasselbe Statt fand, wie wenn bloß mancipirt worden, der Beschenkte aber zufällig und ohne vitium gegen den Schenker in Besitz gekommen war, warum aber? das wird sich erst unten zeigen.

---

25) Vat §. 282 — Nec ambigi oportet, donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem ii, quibus donatum est, nanciscantur, validas esse.

§. 9.

2) *res* nec mancipi.

a. unbewegliche. Hier ist entweder tradirt, dann ist alles vollständig, oder nicht, dann ist gar nichts geschehen, nec coepta est donatio.

b. bewegliche. Hier kann nur noch vorkommen, daß die Tradition noch das interdictum utrubi nicht gewährt hat, und da muß denn wieder dasselbe gelten, was in gleichem Fall bey beweglichen und mancipirten res mancipi.

§. 10.

Endlich ist noch überhaupt zu bemerken, daß überall wo Mancipation nöthig war, diese Form von der Usucapio vertreten werden konnte[26]). Hatte also der Beschenkte das Grundstück zwey, den Sclaven u. s. w. ein Jahr lang besessen, so war donatio perfecta, und nun konnte nicht widerrufen werden. Nicht aber konnte dieß die Traditio entbehrlich machen, denn wo diese nicht geschehen war, da konnte auch nicht pro donato usucapirt werden, auch durfte kein andres rechtliches Hinderniß wie im Fall des §. 259 entgegenstehn; das Interdictum utrubi war hier aber immer gewonnen.

§. 11.

Fassen wir nun jenes Promissionsrecht mit diesem Recht der *res* donata zusammen; so ist klar, daß wenn zur Stipulation noch ein Hingeben des versprochenen Gegenstandes hinzukam, die Erfordernisse durch die vorhergegangene unwirksame Promissio so wenig verändert werden konnten, als durch ein formloses Versprechen zu schenken. War also die Mancipation oder Tradition unterlassen, wo beide nöthig waren, so waren die Folgen dieselben wie im obigen[27]).

---

26) Vat. §. 293 verb: quae mancipi sunt usucapta vel mancipata Vergl. ibid. §. 259.

27) Francke S. 45. ist freilich ganz entgegengesetzter Meinung. Er meint, da werde ja nicht mehr geschenkt, sondern nur

Nur konnte hier nach Vat. §. 266. auch die Condictio indebiti eintreten, wenn aus Irrthum gegen das Ius Cinciae gezahlt war, d. h. man hielt sich für verpflichtet, indem doch die Exceptio L. Cinciae von der Verbindlichkeit befreite. Wie läßt sich dieß nun denken? Wir nehmen an, ein Error juris reichte zu, wie konnte jemand über das Recht der Lex Cincia unwissend seyn?[28]. Ein Error facti konnte

gezahlt, und so müsse das Tradirte auf allen Fall condicirt werden können. Aber so weit, denke ich, muß man die Subtilität im Recht, so wenig darin Genauigkeit entbehrt werden kann, doch nicht fortführen. Wie ungereimt: wer einfach versprach, und nun tradirte, der hat genug gethan, denn ein nudum pactum wird nicht geachtet, wer spondirte, der soll durch Tradition nicht genug thun können! Natürlich betrachtet, muß doch Versprechen und Erfüllung desselben als eine ganze Schenkung angesehn werden, und man muß das hier natürlich ansehn, denn der, welcher zahlt, will ja immer noch schenken, das Motiv seiner Handlung ist ja immer noch Schenkung, um so mehr da ihn die Exceptio legis Cinciae deckt. Aller Subtilität ist ja auch dadurch genug geschehen, daß man sagt, der einzige Grund, weswegen Tradition aus promissio nicht mehr Schenkung ist, ist weil sie jure cogente geschieht, und hier hebt die Cincia das jus cogens auf. Aber §. 266 der Vaticanen spricht doch allgemein? Ulpian redet ja von der Condictio indebiti, und da versteht sich das Requisit von selbst, daß nicht wissentlich gezahlt wurde, d. h. hier, indem man wußte, daß man nicht gebunden war. Daß die Römer so subtil nicht waren, sondern die erste Causa in ähnlichen Fällen berücksichtigten, sieht man auch aus L. 33. pr. D. de donat. Hermogen. l. 6. jur. epitom. Qui id, quod ex causa donationis stipulanti spoponderat solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest, convenitur; causam enim et originem constitutae pecuniae, non judicii potestatem praevalere placuit.

28) Der Rechtsirrthum, der in den Vaticanen §. 296. vorkommt, läßt sich viel leichter denken, denn obgleich Papinian über

darin liegen, daß man die Sache, die man hingab, nicht zu dem hohen Werth anschlug, wodurch sie das gesetzliche Maaß wirklich überragte. War dieß ein Grund zur Zurückforderung, so muß man wohl auch annehmen, daß wenn jemand ohne vorhergehendes Versprechen eine res mancipi tradirt und mancipirt, eine nec mancipi tradirt hatte, er sie bloß und allein aus dem Grunde durch die Condictio sine causa wieder fordern konnte, weil er sich über ihren Werth geirrt hatte. Ein solcher Irrthum möchte aber fast nie zu beweisen seyn, und nur der strengste Beweis konnte hier hinreichen [29]. Im §. 266 denkt aber Ulpian an einen Erben des Schenkers, und dieser konnte geglaubt haben, daß der Erblasser nicht widerrufen hatte, es wies sich aber nachher aus, daß er wirklich seinen Willen zurückgenommen hatte.

§. 12.

Es fragt sich, wenn bloß promittirt worden, konnte die Stipulation Kraft erhalten, wenn der Testator bis an seinen Tod bey seinem Willen zu schenken beharrt hatte, ohne aber zu bezahlen? Der §. 266. spricht zwar im Anfang nur von einer Rückforderung des Gezahlten; aber nachher folgt allgemein, die Exceptio gebühre auch dem Erben, aber nur nisi forte durante voluntate decessit donator. Allein mit der Thatsache des beharrlichen Willens verhält es sich hier anders als wenn schon hingegeben worden. So wie man nämlich wohl daraus, daß bey der Manumission oder Emancipation das Peculium nicht genommen wurde, schloß, es sey geschenkt worden, nicht aber daraus, daß im Testament davon geschwiegen

---

die gänzliche Nichtigkeit der Schenkung des Vaters an den Sohn entschieden genug spricht, so sieht man doch aus §. 294 und aus der bald erfolgenden entschiedenen Umkehrung dieses Rechts, daß es schon zu seiner Zeit sehr zweifelhaft und bestritten war.

29) Vergl. L. 25. D. de probat.

wurde[30]; wie Papinian nicht zugeben will, daß wenn der Vater das Geschenk an seinen Sohn vor seinem Tode nicht widerrufen habe, daraus schon folge, daß er durch das nichtige Geschenk dem Sohn auch nach seinem Tode in seiner Erbschaft einen Vorzug habe geben wollen, so daß die übrigen Söhne auch hier gegen ihn zurückgestellt würden, worauf denn doch meistens die Absicht solcher beschenkten Söhne gerichtet sey[31], es aber dagegen gerne gelten läßt, wenn das vom verstorbenen Ehegatten oder vom verstorbenen Schenker, der gegen die Lex Cincia hingab, nicht widerrufene Geschenk als dadurch neuerdings bekräftigt angesehen wird: eben so darf man durchaus nicht aus dem Stillschweigen über eine bloß promittirte Schenkung auf Beharrlichkeit des Willens schließen, denn wenn er beharrte, — kann man mit Recht fragen, — warum erfüllte er nicht, was er versprach? freilich wenn er versprach, erst nach einem Jahre zu zahlen, und nun nach einem halben Jahre stirbt, so kann die Perseverentia voluntatis die Exceptio Cinciae ausschließen, aber bey einer Promissio sine die, oder wenn der dies dem Tode vorausging, so kann man Beharrlichkeit nur annehmen, wenn sie durch andre Umstände wahrscheinlich wird.

§. 13.

War aber gültiger Widerruf vorhanden, so entsteht nun die Frage, konnte dieser auf die ganze Schenkung oder nur auf das gerichtet werden, was über das Maaß der Lex

30) Vat. §. 261.

31) Vatic. §. 294. die Endworte: ac plerique plus habere quam fratres jurgiis ejusmodi contendunt, müssen ganz so bleiben wie sie da stehen, und nicht, wie Mai vorschlägt, habent für habere gelesen werden, denn das gibt gar keinen Sinn, und contendere heißt hier nicht etwa behaupten, sondern steht für intenere. Für fini decimarum muß aber fine dierum gelesen, und das Comma nach perseveravit weggenommen und vor auferri gestellt werden.

Cincia hinauslag? Wenck (S. 40. 41.) tadelt Rudorff, daß er das letztere annehme, rigor iuris Romani, sagt er, negotia pro parte rescindi non ferebat. An diesen allgemeinen Satz kann ich so gestellt nicht glauben. Ich sollte meinen, es sey hier so damit gehalten worden. Hat der Schenker noch nicht hingegeben, so daß der Beschenkte gegen ihn klagen muß, und dieser richtet nun die Klage auf das ganze unmäßige Geschenk, so kann die Exceptio Legis Cinciae ihn auf das Ganze und für immer zurücktreiben, denn er hat sich eine Plus petitio zu Schulden kommen lassen, und die Exceptio rei in iudicium deductae oder rei iudicatae steht ihm entgegen, wenn er seine herabgesetzte Forderung geltend machen will [32]). Aber ich sehe durchaus nicht ein, weshalb nicht derselbe den Theil seiner Forderung, der nicht gegen die Lex Cincia ist, sollte einklagen können, indem er das gesetzwidrige Uebrige gleich Anfangs fahren läßt, z. B. es war eine Geldsumme, und er fordert nur die erlaubte Quantität, oder es war ein Praedium, und er verlangt nur die Tradition der Hälfte, indem die andere Hälfte des Werths über das Maximum des Gesetzes hinausliegt? Hat dagegen der Beschenkte die Sache schon, und zwar so, daß nun der Schenker genöthigt ist zu condiciren oder rescissorisch zu klagen, so kann er nur auf das Amplius seine Klage richten, sonst hat er dasselbe Schicksal, was der Beschenkte bey seiner Plus petitio hatte, [33]). Dieß wird denn auch deutlich bestätigt durch L. 21. D. de donat., und es liegt in der Natur der Sache kein Grund die Worte: (rescissoriam) in id quod supra Legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus, für ein Emblem zu halten. —

32) Gaius. IV. 123. 53. Vergl. §. 10. J. de except.

33) Vat. §. 266. cit. ist durchaus nicht entgegen, denn es steht da nur, er könne repetiren was gegen die Lex Cincia geschenkt sey, aber nur das Amplius ist gegen dieß Gesetz geschenkt.

Das Rechtsmittel, welches hier gegen das ius Cinciae gebraucht werden konnte, war die Exceptio doli. Diese fand gleichfalls Statt, wenn der Beschenkte auf die geschenkte Sache, die nun vorenthalten oder zurückgefordert wurde, Verwendungen gemacht hatte [34].

§. 14.

Außer Obligatio donata und Res donata konnte aber auch noch seyn Nomen donatum, d. h. man schenkt eine Forderung, die man an einen Dritten hat. Durch simple Cession (actio mandata) war hier sicher nichts ausgerichtet, der Schenker konnte das Mandat mit seinen Folgen immer widerrufen; denn selbst wenn eine Novatio durch Delegatio im engeren Sinn oder Litis Contestatio [35] vollführt war, konnte dieß geschehen [36]. Freilich war hier der Debitor delegatus für seine Person zur Zahlung streng verbunden, und konnte nicht die Exceptio Cinciae entgegensetzen [37]. Aber bis zur Grenze der erlaubten Summe konnte noch die Delegation durch eine Rescissoria rückgängig gemacht, und wenn das Geld schon an den Beschenkten gezahlt war, von diesem bis auf denselben Punkt condicirt werden. Dieß ist dann eine Condictio sine causa, aber es muß natürlich vorausgesetzt

34) L. 5. §. 2. D. de doli exc.

35. Inchoatis litibus wird das Letztere in §. 263. der Vatik. ausgedrückt, dieß ist nicht mit bloßer Cession zu verwechseln. S. unt.

36) L. 21. cit §. 1. *(Celsus)*. Vergl. L. 2. §. 3. eod. und L. 34. pr. eod.

37) Ich kann nicht glauben, daß sich hierauf die quasi popularis actio der Sabinianer (§. 266 f. ob. §. 5.) bezogen habe, da hier eine für sich bestehende Obligatio zwischen dem neuen Creditor und dem neuen Debitor vorhanden war; es ist ein ganz andres, sich in einem dinglichen Recht mit einer gleichsam dinglichen Einrede schützen, die dem Autor schon zustand. — Allerdings wo die Obligatio des Dritten nur accessorisch war, da konnte er sich der Exceptio Legis Cinciae bedienen, selbst wider Willen des hauptsächlich Verpflichteten L. 24. D. de donat.

werden, daß der Schenker vorher seinen Willen änderte, denn sonst kann es nicht anders seyn, als wenn er selbst promittirte und dann zahlte.

§. 15.

Ferner konnte noch seyn Liberatio donata. Dieß kann unmittelbar bewerkstelligt werden, indem man selbst seinen Schuldner frei läßt, oder dadurch, daß eine Person untergeschoben wird. Ueber jenes haben wir in dem Pandektentitel de donationibus ein für sich wenig belehrendes Fragment [38]), über dieses finden sich mehrere Stellen [39]). Nach Analogie der vorigen Fälle läßt sich auch wohl errathen, wie es damit gehalten worden. Ließ sich der Schenker dem Creditor dessen, den er beschenken wollte, für ihn delegiren, so daß dieser nun durch Novation befreit werden sollte, so galt dieß Geschenk vorerst einmal durchaus, denn dem Creditor ward ja nichts geschenkt: ihm ward nun der Schenker als neuer Debitor unwiderruflich verpflichtet. In L. 5. §. 5 cit. wird das mit der Dos verglichen, die ein Dritter der Frau schenkend dem Manne promittirt: auch dem Manne wird nicht geschenkt [40]), und so gilt die Bestellung der Dos unwiederbringlich [41]). Doch soll in beiden Fällen dem Schenker geholfen

38) L. 23. pr. d. t.

39) L. 21. pr. eod. L. 5. §. 2. D. de. doli exc.

40) Mein Buch üb. Güterr. der Eheg. B. 1. S. 397. ꝛc.

41) Daher wird auch sogar, wenn eine Schenkung auf diese Weise indirect bewirkt wird, die sonst ganz nichtig seyn würde, doch Vollgültigkeit des Geschäfts angenommen. Vat. §. 269. Eine Mutter hatte für ihre Tochter, die sich in der Gewalt des noch mit ihr verheiratheten Vaters befand, eine Dos bestellt, dasmal durch Datio. Dieß war eine Schenkung, weil inskünftige bey beendigter Ehe die Tochter selbst oder ihr Vater die rei uxoriae actio erhält, und sonst wäre eine solche nach dem Jus donationum inter conjuges ungültig gewesen. Hier war aber die Bestellung der Dos gültig, weil dem Manne nicht schen-

werden, aber nur durch eine Condictio gegen den Beschenkten auf Liberation oder Rückzahlung, das letztere läßt sich in Beziehung auf das Jus Cinciae hier wieder nur so denken, daß die Zahlung gezwungen geschah, ähnlich wie bey der Promissio unmittelbar an den Beschenkten aus Irrthum (oben §. 11.), hatte er noch mit dem Gedanken die Schenkung auszuführen gezahlt, so hatte er sie nun vollgültig gemacht, so gut als wenn er aus jener Promissio in dieser Absicht tradirt hatte.

§. 16.

Will man dem Schuldner seine Schuld an uns erlassen, so kann das durch einen simplen Vertrag geschehen, der aber gemeiniglich nur eine Exceptio hervorbringt, es kann aber auch förmlich durch Acceptilatio geschehen, wenn dieß durch eine Stipulatio vermittelt wird, oder diese schon ursprünglich vorhanden ist. Ich glaube nun, daß dieß alles nicht hinreichte, wenn es schenkungsweise geschah, indem das Maaß der L. Cincia überschritten wurde, am wenigsten wenn so durch Vertrag eine bloße Exceptio geschenkt wurde, denn dieser stand sicherlich die Replicatio Cinciae entgegen. Die L. 23. cit. enthält einen solchen Fall, aber er ist grade privilegirt, man sieht, künftige d. h. noch nicht fällige Zinsen konnte man dem Schuldner donationis gratia erlassen, ohne daß aus dem Maaß ein Einwand gegen die Befreiung hergenommen werden konnte [42]). Daraus folgt denn schon, daß es in andern Fäl-

---

kungsweise gegeben war. Dadurch wird Savigny's Erklärung der L. 9. §. 1. D. de iure dot. in d. ang. Abh. widerlegt.

42) Es ist das nicht zu verwechseln damit, daß Früchte nicht mit zu dem Werth des geschenkten Hauptguts geschlagen wurden, wenn das Maximum zu berechnen war. Machten grade die Früchte (fructuum perceptio donata) die geschenkte Hauptsache aus, so war das Maaß bey ihnen zu beobachten. So auch gewiß bey schon fälligen Zinsen L. q. §. 1. 2. de don. Es

len anders war. In allen vorigen Verhältnissen finden wir aber das Princip, wenn die Cincia auf die Schenkung nicht wirken soll, so muß irgend eine reale Erfüllung geschehen, und aufs Aeußerste, gleichsam auf die Spitze getrieben werden, und das ist hier nun nicht Acceptilatio, sondern Solutio von Seiten des Schuldners, der beschenkt werden soll, und Rückzahlung an ihn, was sonst allerdings zur Liberatio nicht nothwendig ist, aber, wie sich unten zeigen wird, diese Umständlichkeiten waren der Absicht der Lex Cincia gemäß.

Dieß angenommen, was sich freilich aus Mangel an Texten nicht streng erweisen läßt, und es folgt, daß nach dem Jus Cinciae Liberatio donata im strengsten Sinn so wenig vollgültig möglich war, als nach dem Obigen Obligatio donata.

§. 17.

Endlich konnten denn auch noch dingliche Rechte aller Art außer dem Eigenthum schenkungsweise gegeben und bestellt werden, wo denn auch das erwähnte Princip des Jus Cinciae gelten muß. Die Quellen schweigen davon gänzlich, aber es läßt sich hiernach vermuthen, daß bey einer Servitut zu der Cessio in iure ein Quasi-Besitz hinzukommen muste, damit in Beziehung auf jenes Recht die Donatio perfecta sey. Nur freilich bey einer Realservitut war es wohl selten zu erweisen, daß ihr Werth das Maaß überschreite, beym Ususfructus aber war es schon ganz natürlich, ein inducere in possessionem zu verlangen. Ager vectigalis und Superficies standen ohnehin gewiß hier dem Provincialgrundstück ganz gleich.

§. 18.

Dieses Recht der großen Schenkungen war also ein besondres Recht im Verhältniß zu den kleinen Schenkungen und anderen Geschäften gleicher Gattung, aber es hat auch in sich

---

galt also auch nicht im Sinne der L. 17. de don. int. V. et. U. fructus ut usuras licitam habere donationem.

seine gemeine Regel. Von dieser gab es aber wieder Ausnahmen. Zuförderst müssen hier ausgesondert werden alle die Schenkungen, welche absolut nichtig waren, sie mochten unter oder über dem Maaß stehen. Dahin gehörte z. B. die Schenkung des Vaters an den Sohn in der Gewalt, das lag schon in der Strenge des Civilrechts, wonach der Sohn in der Gewalt nichts Eignes haben konnte, was ihm der Vater hingab, das blieb immer Peculium, wenn der Vater auch den Gedanken hatte, daß er es immer behalten sollte, also es ihm schenkte: er konnte es willkürlich zurücknehmen, und es fiel wie andres Peculium, wenn der Vater starb, in die Erbschaft desselben zurück. Noch Papinian behauptete die Nichtigkeit so weit, daß die Nichtänderung des Willens bis zum Tode sie nicht gültig mache, und daß, wenn der Bruder ihm bey der Theilung die Sache aus Irrthum (ohne diesen war es Transact oder neue Schenkung) ließ, nicht einmal Usucapion möglich war [43], wie es scheint, aus sehr verständigen Gründen, aber das Recht änderte sich in diesem letzten Punkt bald durch Kaiserliche Constitutionen, jedoch wie es scheint, erst mit Entschiedenheit nach der Zeit der Classiker, oder doch in der letzten Zeit derselben [44]. Ferner gehört dahin die

---

43) Vat. §. 294. (Papin.). 295. (Sever. et Anton.). 296. (Pap.). Vergl. mit L. 2. §. 2. D. pro herede (Iulianus) L. 1. §. 1. D. pro donato (Paulus) L. 4. eod (Pompon.) L. 15. D. de castr. pecul. (Papin.).

44) Paulus R. S. V. 11. 3. Cod. Gregor. III. 5. 2. (Valer et Gall.) Vat. §. 277. 278. (conf. verb: praesertim cum honori primipilari sis adstrictus) 281 (Dioclet.) L. 18. C. fam. herc. (Dioclet.) Vat. §. 274. (Constantin.) Vergl. L. 13. C. de collat. (Diocl.). Sehr merkwürdig ist, daß die beiden Stellen von Paulus sich widersprechen, wenn man auf das Princip sieht; wogegen Papinian's Raisonnement vortrefflich ist. Sein Gedanke ist vollständig dieser: was nach der rechtlichen Natur des Verhältnisses rein nichtig ist, kann nicht durch Still-

Schenkung unter Ehegatten; nur daß diese durch den Tod ohne Widerruf convalescirt.

Wichtig ist, daß die so bekräftigte Schenkung sowohl in diesem Fall[45]), als in dem vorigen, wie es da auch eingeführt war[46]), als mortis causa capio angesehen wurde, nicht so wenn die Lex Cincia entfernt wurde durch den Tod[47]),

---

schweigen Kraft erhalten, bey der Schenkung unter Ehegatten ist das nicht so, sondern die Nichtigkeit beruht auf politischen Gründen, die nun wegfallen. Aber auch von laxer Billigkeit ausgegangen, so soll dem überlebenden Ehegatten das rein entrissen werden, was ihm der in der Ehe mit ihm Verstorbene gewiß noch gönnte; wogegen die Kinder ja auf andere Weise die Güter des Vaters sämmtlich mitbekommen. Wer von ihnen das bey Lebzeiten contra ius Geschenkte behalten will, will einen Voraus und dieser kann als Wille des Vaters gar nicht präsumirt werden, mag er das dem Kinde in die Hand Gegebene Schenkung oder Peculium genannt haben, nur wo er als letzten Willen dieß aussprach da kann es gelten. Vgl. L. 77. §. 17. de leg. II. L. 8. D. de dot. collat. (Papin.) Vermuthlich wurden die beiden kaiserlichen Aussprüche unter Severus und Caracalla, erst das Rescript in §. 295. d. V. und dann das Senatusconsult in. L. 32. D. de don. i. V. et. U. von Papinian ausgewirkt, und er rechtfertigt hier die Consequenz. Er widersetzte sich also dem Verkehrten, statt daß Paulus darin untertauchte, wenn ihm nicht im Breviarium etwas untergeschoben ist. Wie es aber oft geht, der gemüthliche Unverstand (recepta humanitas Vat. §. 281.) erhielt den Sieg.

45) L. 32. cit. §. 1.

46) Vat. §. 274.

47) Vat. §. 259. (Papin.) der Fall ist klar: dem Latinus (Junianus) war ein Provincial-Gut mit Zubehör geschenkt und tradirt von einer Frau, aber ohne Auctoritas tutoris. Der Erbe focht die Schenkung an, weil sie das Maaß der Lex Cincia überschritten, und wenn man den Nichtwiderruf vor dem Tode als Bekräftigung wollte gelten lassen, es dann mortis causa donatio sey, die ein Latinus nicht erhalten könne, (nach der Lex

Der Grund dieses Unterschiedes kann nur darin liegen, daß jene Schenkungen anfänglich ipso iure nichtig waren, die Schenkung gegen die Cincia nur hinterher durch eine Exceptio oder eine rescissorische Klage unkräftig gemacht werden konnte,*) so daß es bey dieser keiner positiven Bestätigung durch Stillschweigen, sondern nur eines Nichtwiderrufs (Nichtanderswollen) bedurfte, da denn das Gültige gültig blieb. Woraus denn erhellt, daß es, auch wenn man von processualischer Verschiedenheit absieht, nicht so absolut zu nehmen sey, wenn Paulus in L. 112. D. de R. J. sagt: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Hier ist dieß nur in Beziehung auf die erste Gebundenheit des Schenkers rein wahr [48]).

§. 19.

Noch gab es andre Schenkungen, die nach Gesetz durch-

Iunia konnte er überhaupt nicht mortis causa capere, nur das Fideicommiß ließ man in der Folge fortwährend bey ihm gelten, Vergl. Ulp. XXII. 3. mit XXV. 7. und Gaius II. 285). Bey dem Grundstück und dem übrigen Zubehör, außer den Sklaven und den pecora, quae collo vel dorso domarentur, sey alles, respondirte Papinian, schon durch die Tradition endlich abgemacht, diese res mancipi freilich hätten mancipirt werden sollen, und da es an autoritas tutoris fehle, so hätte auch keine Usucapio die Mancipatio ersetzen können (Gaius II. 47. vergl. II. 80. Vat. §. 1.). Dennoch entscheide auch bey den letzten Sachen (bey der res nec mancipi bedurfte die *perfecta* donatio dessen nicht) die Beharrlichkeit des Willens bis zum Tode, denn dadurch entstehe keine mortis causa capio.

*) Dieß ist doch auch wieder unterschieden von einer solchen relativen Nichtigkeit, deren Ursache erst hintenher entsteht, z. B. die Schenkung wird durch Undankbarkeit widerruflich, da ist zu Anfang ein in jeder Beziehung vollgültiges Geschäft (perfectum negotium).

48) S. oben §. 3. g. d. E. — Wie wichtig muste dieß auch seyn, in Beziehung auf die Quarta Falcidia, die von einer solchen nur nicht (stillschweigends oder ausdrücklich) widerrufenen Schenkung unter Lebenden gewiß nicht abgezogen werden konnte, während sie von der stillschweigends bestätigten väterlichen Schenkung oder unter Ehegatten allerdings abgezogen wurde L. 32 §. 1. de don. int. V et U. Vat. §. 281.

aus nichtig waren, ohne Rücksicht auf Quantität[49]. Besonders aber gilt dieß von der in der Lex Cincia für sich verbotenen Donatio ob causam orandam. Erst in der Folge ward dies Verbot auf eine Schenkung über einen bestimmten Werth beschränkt[50], und aus dem gänzlichen Stillschweigen der Vaticanischen Fragmente über dieß besondere Verbot des Gesetzes läßt sich schließen, daß zu der Zeit, wie diese zusammengetragen wurden, dasselbe für sich gar nichts mehr zu bedeuten hatte; und nunmehr schon alle der Cincia unterworfenen Schenkungen unter jene gemeine Regel gehörten.

§. 20.

Allein in der Lex Cincia selbst waren gegen ihr gemeines Recht großer Schenkungen bestimmte Personen privilegirt, worüber nach den Vaticanen kein Zweifel seyn kann[51], sie werden darin Excepti genannt, im Gegensatz der Non excepti, die unter die gemeine Regel gehören. Diese Privilegien sind aber sämmtlich relativer Natur, niemand ist absolut privilegirt, sondern nur wer mit der andern Partei in irgend einem bestimmten persönlichen Verhältniß steht, kann ihr schenken oder von ihr beschenkt werden. Meistens ist das reciprok, aber nicht immer. Cognaten bis zum fünften Grade einschließlich, und ein Grad im sechsten, können sich gegenseitig schenken in infinitum, d. h. ohne an das Maaß, damit das jus Cinciae sie nicht treffe, gebunden zu seyn. Geschieht die Schenkung durch dotiren, so sind auch die entferntesten Cognaten unter sich ausgenommen[52]. Dann gegenwärtig Verschwiegerte (adfines) haben ein reciprokes Privilegium wie sie in §. 302 aufgerechnet werden, nur gener ist ausge-

---

49) z. B. L. 7. §. 1. D. de Lege Iulia repetund.

50) *Klinkhamer* Commentatio cit. pag. 28.

51) Es sind zum Theil die eigenen Worte der Lex darin angeführt Vat. §.298 — 309. (Paul. lib. 71 ad edictum ad Cinciam)

52) Vgl. oben §. 15.

lassen[53]); eben so Verlobte und Verheirathete; wie das Letztere, da doch Mann und Frau sich gar nicht schenken dürfen? seltsam wäre das ausgedrückt, (« vir et uxor »), wenn post divortium gemeint wäre[54]), warum denn nicht lieber propter divortium, und in den andern Ausnahmsfällen, so weit sie hieher passen, wo eine Schenkung unter Ehegatten erlaubt war? Nicht reciprok ist die Ausnahme (§. 304), daß der Vormund dem Mündel schenken kann, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. Sodann den Patronen können ihre Freigelassenen ungehindert schenken so viel sie wollen (§. 307. [55])). Dasselbe gilt von dem, qui bona fide serviit, si postea liber pronuntiatus sit, im Verhältniß zu seinem vorigen Herrn. Ist denn auch dieß reciprok zu ververstehen? §. 309 bejahet [56]) dieß. Paulus. Rec. Sent.

---

53) Vergl. Klenze l. c. pag. 14.

54) Wie Wenck pag. 40 vorschlägt. — Dafür könnte man anführen L. 73. §. 1. D. de jure dot. Aber das egens vir konnte in dem Zusammenhang vernünftiger Weise (Zeitschr. f. gesch. R. W. B. 5. H. 3. S. 322) nicht misverstanden werden. Die Interpretation in §. 303 ist dawider, da doch hier ein Sinn möglich ist, ohne das aufgehobene Verhältniß einzuschließen.

55) »duit»? Vielleicht duitor in dem Sinn von ratum sit? es mag ihnen gegeben seyn!

56) Die von Rudorff S. 11 vorgeschlagene und von Wenck S. 38. gebilligte Verbesserung des Textes gibt freilich eine Verneinung, aber sie kann nicht bestehen; denn wie konnte hier gesagt werden: ut *nec dare* nec capere lex iis permittat? absolut gemeint wäre dieß ja nicht wahr, da sie ihren Cognaten so gut geben und von ihnen nehmen können als Freigeborne, und von Andern regelmäßig so wenig wie diese; es muß also beides, wie hier alles, relativ genommen werden, und da können sie ja nach §. 307. 308. allerdings dare, es fragte sich nur noch, ob sie capere konnten im Verhältniß zum Patron. Die Stelle muß also wohl berichtigt so lauten: contra autem liberti a patronis excepti sunt? et hoc jure utimur, *ut*

V. 11. 6. [57]) fügt noch als gewissermaßen exemten Fall hinzu: wer dem schenkt, der ihn aus Gefangenschaft bey Feinden oder Räubern erlöste.

Diese exemten Fälle bilden ein besondres Recht im Verhältniß zu der Regel der großen Schenkungen, aber sie machen auch wieder ein gemeines Recht mit den kleinen Schenkungen, und treten also mit diesen unter die gemeine Regel der Geschäfte zurück [58]).

(Cod. ne) excepti videantur, ut et dare et capere lex iis permittat. Man konnte wohl leichter einmal ne für ut, als zweimal et für nec lesen. Schwierigkeit macht Vat. §. 313, weil da grade von dem Geschenk einer Patronin an ihren Freigelassenen die Rede ist, und doch das Recht der *non* exceptae personae demonstrirt wird. Aber freilich Diocletian mogte das von Paulus gebilligte Recht nicht für so praktisch halten, um nicht dem Anfrager zu sagen, wenn das wahr ist, was du sagst, so bist du ganz geschützt (»jus tuum satis munitum est«) denn auch Schenkungen an non exceptas personas werden bey res mancipi durch Mancipation und Tradition, bey res nec mancipi durch bloße Tradition perfekt. Wie verträgt sich das aber wieder mit der hinzugefügten Bedingung: si tamen cum moreretur patrona — possessionem rei donatae non revocavit, da ja der Nichtwiderruf auch, nach dem Obigen, Mancipation und wo nur diese war, auch Tradition überflüssig machen konnte, beide aber den Widerruf schon ohnehin ausschlossen? Dieß erklärt sich nur aus dem eigenen Widerrufsrecht der Patronen, welches gewiß nur entweder durch Herbeiziehung des Besitzes, oder doch wenigstens Klage darauf vor dem Tode wirken konnte, nicht durch bloße Veränderung des Entschlusses Vat, §. 272. S. unt. §. 25.

57) Aus dem Breviarium, vgl. L. 34. §. 1. D. de donat.

58) Daher war denn auch eine Stipulation des ganzen Vermögens für eine excepta persona möglich Vat. §. 263. Eam, quae bona sua filiis per epistolam *citra stipulationem* donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit,

§. 21.

So viel nämlich kann nach dem, was wir bisher gezeigt haben, nicht bezweifelt werden, daß das Cincische Recht die Formen der großen Schenkungen gegen jene Regel bestimmt habe, mag das die Lex selbst vorgeschrieben oder doch gewollt haben, mag es ein späterer Zusatz seyn, durch freiere Interpretation oder wie sonst entstanden, kurz mag es sich herschreiben woher es will, so viel ist gewiß, daß eine Form der Schenkung die Promissio (vielleicht auch die Acceptilatio), wenn eine vollständige, völlig bestehende Schenkung seyn sollte,

---

nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit. Also wäre nur Stipulation geschehn, so hätte die Mutter gültig an den Sohn geschenkt. Bemerkenswerth ist das «inchoatis litibus», indem dadurch die Novatio und Delegatio durch *litis contestatio* in L. 29 und L. 11. §. 1. D. de novation. für das alte Recht (im Justinianischen hat die Novatio hier gar keinen Sinn, die Delegatio einen andern) von neuem bestätigt wird, nachdem sie uns Gaius. III. 180 etc. erklärt hat, ohne dieß jedoch Novatio zu nennen. Dagegen eine Mancipation des ganzen Vermögens war nach der Natur der Sache allemal unmöglich, denn diese war ein modus singularum rerum dominia transferendi Ulp. XIX. 2., und so muste noch alles das daneben geschehen, was in §. 263 aufgerechnet wird. Auch hier wird die Cessio in jure nicht genannt, sie kommt aber für denselben Fall vor im Cod. Hermog. VI, 1. 2. Bey hereditas kommt allerdings vor, daß das Vermögen als Universitas zum Gegenstand einer Mancipation gemacht wurde, aber nur symbolisch, nämlich beym Testamentum per aes et libram, unter Lebenden war das aber unmöglich, und daher konnte man auch keinen ideellen Theil des Vermögens so veräußern, nicht bloß bey Schenkung konnte das nicht seyn, sondern allenthalben nicht, z. B. konnte man nicht so sein ganzes Vermögen verkaufen. Selbst wenn der Erbe eine ganze Erbschaft verkaufte, konnte er nicht das Ganze mancipiren, denn das war immer Singular-Succession.

rein herausgenommen war, und die andre die Mancipatio zwar nicht aller Wirkung aber doch der Wirkung ganz beraubt war, worin die Vollführung einer Schenkung bestand, nämlich die Eigenthumsklage, wie sie gegen den Autor und jeden Dritten durchgesetzt werden konnte, zu gewähren. Zur vollführten Schenkung (perfecta donatio) gehörte nun auf jeden Fall noch Traditio. Hierzu kommt noch, daß wenn wir das Recht zur Zeit der Klassiker ansehn, auch darin eine Singularität lag, daß bey res mancipi die Tradition für sich allein ohne Mancipation hier die Dienste nicht verrichtete, die sie sonst verrichtete. Ich finde dieß in den nach den Vatikanen herausgekommenen Schriften nirgends berührt. Es kommt dieß wohl daher, daß man immer gleich das Recht so erkennen wollte, wie es in dem Gesetz des Cincius selbst enthalten war, was eben am wenigsten gelingen wollte. Man stellte sich vermüthlich vor, daß zu der Zeit wie M. Cincius Alimentus dieß Plebiscit durchsetzte, im J. Roms 550, das Eigenthum noch nicht entzweit war [59]), und demnach immer bey res mancipi eine Mancipation nöthig war, um irgend eine Eigenthumsklage dem accipiens zu gewähren. Eine Exceptio rei traditae hatte er wohl gewiß schon [60]), ob dinglich, so daß sie wenigstens auch gegen den Singularsuccessor ging? steht dahin; aber doch keine dingliche Klage, wenigstens keine Eigenthumsklage. So war auch Vollführung einer Schenkung durch bloße Tradition, ohne Mancipation und Cessio in jure unmöglich. Das Singuläre bey großer Schenkung war also damals nur, daß Promissio und Mancipatio allein, bey ihr nicht das Gewöhnliche ausrichteten. Nun aber zu der Zeit, wie die Vatikanischen Fragmente zuerst geschrieben wurden, war ja dieß Recht längstens ein andres geworden. Das prätorische Eigen-

---

59) Gaius II. 40.

60) Vgl. oben §. 77.

thum (in bonis) hatte so gut seine dingliche Klage, wie das quiritarische, jenes konnte durch bloße Tradition auch an res mancipi übertragen werden, und warum sollte man denn sein prätorisches Eigenthum nicht haben verschenken können? denn das ist die Folge, wenn Traditio nicht hinreicht, wer nur noch die Sache *in bonis* hat, kann gar noch nicht schenken. Dieß konnte doch nur in singulären Bestimmungen über die Form, d. h. die Art der Vollführung, liegen. Dieß kommt als Resultat immer heraus, wenn auch vielleicht die Absicht der Lex Cincia hierauf gar nicht gerichtet war. Es ist ein löbliches Bestreben gewesen, was jene neuesten Autoren zu dem gemeinsamen Irrthum verleitet hat, das Jus Cinciae habe mit Formen gar nichts zu thun gehabt[61]), nämlich ein Bestreben, die Sache recht tief historisch zu ergründen dann sind sie aber auch durch die Schwierigkeit, welche das Interdictum utrubi hier aufstöhrt, getrieben und geirrt worden, und das ist allerdings keine kleine Schwierigkeit.

§. 22.

Bey den non exceptis personis ließ man also das alte Cincische Formenrecht stehen, bey den non exceptis konnte es nicht dasselbe bleiben, da diese gar nicht daran gebunden waren, sondern das gemeine Recht der Geschäfte hatten, sie konnten ja in infinitum donare. Es mußte also für sie so gut die bloße Tradition als die bloße Mancipation zur

61) Nur Schrader a. a. O. S. 185 deutet an: «bey Grundstücken in den Provinzen — würde demnach zu Wegräumung der L. C., wenn man gleich geben wollte, nicht mehr erfordert, als was zur »(gemeinen)« perfectio gehörte. Bey den übrigen Sachen ist immer einiger Unterschied, indem bey Grundstücken italischen Rechtes und beweglichen rebus mancipi zu der Mancipatio, um des Interdiktes willen (?) die traditio hinzukommen muste (313) und selbst bey beweglichen rebus nec mancipi außer der Tradition noch das vorhanden seyn muß, ut interdicto superior sit, d. h. ein Besitz von mehr als einem halben Jahre (?). —

Vollführung der Schenkung bey res mancipi hinreichen. In Vat. §. 293. (von Diocletian) heißt es: nam si exceptus fuisti privignus tum constitutus, sola traditio sufficit. Zur Noth könnten diese Worte bloß auf das zunächst vorher von res nec mancipi gesagte bezogen werden, aber es ist kein Grund sie so zu beschränken. In §. 268. daselbst (ohne Ueberschrift, aber vermuthlich noch ganz aus der klassischen Zeit) kommt der Fall vor, wo die Schenkung an eine Excepta (filia, bey der Emancipation) bloß zu den Akten gegeben war, und es heißt si *neque* mancipatio *neque* traditio secuta est, so sey die Schenkung nicht vollführt, da solis actis kein dominium übergehe, und zwar bezieht sich dieß bloß auf einen fundus, womit ohne Zusatz ein fundus italicus bezeichnet zu werden pflegt. Also eines von beiden für sich allein war hinreichend [62].

62) Ein indirecter Beweis liegt auch in L. 4. C. Theodos. (Constantin.) de donat. verbunden mit Vat. §. 314. In L. 4. wird erzählt, Antonin habe bey Eltern vorgeschrieben, es solle gar nicht auf Form, nur auf Erkennbarkeit des Willens gesehen werden; bey den übrigen exceptis personis solle denn nur Mancipatio oder wenigstens Traditio erfordert werden. Nun sieht man aber aus Vat. §. 314., daß Antonin nur das erste vorschrieb, im übrigen aber es beym Alten ließ. Und dazu stimmt denn wieder L. 5. C. Theod. eod. in f. salvo tamen iuris privilegio, quod liberis et parentibus suffragatur, scilicet ne traditionis *vel* mancipationis solennitas sit necessaria. — Mit dem Antoninischen Recht ist auf keine Weise in Widerspruch, was in Vat. §. 297. vorkommt. Eine Großmutter hatte ein Schenkungsinstrument auf den Namen der Enkelin ausfertigen lassen, aber es dieser noch nicht übergeben, auch die Sache nicht tradirt. Dadurch meinten die Kaiser sey nur noch eine Schenkung vorbereitet, gar noch nicht angefangen. Die Tradition ist hier nicht eignes Requisit, sondern unter den vorliegenden Umständen konnte sie nur nicht entbehrt werden um zu erkennen, ob schon wirklich eine Schenkung, sey es auch nur durch Vertrag, vollzogen sey. Im Fall des

Doch die Natur der Sache ist hier stärker als die Worte, und dieser kann nicht widerstreiten, daß in §. 310 der Vaticanen (von Paulus) gesagt wird, daß bey Exceptis sola mancipatio vel promissio hinreiche, denn daraus daß sola mancipatio hinreicht, folgt ja nicht, daß nicht auch sola traditio hinreicht, und es sollte da grade nur gesagt werden, daß Tradition auf jeden Fall nöthig sey bey non exceptis personis (§. 311.), bey exceptis nicht, wenn Mancipatio oder Stipulatio geschehen. Ganz privilegirt gegen alle Form waren seit Antonin Eltern bey Schenkungen an ihre Kinder, nuda et certa voluntas war hinreichend [63]).

§. 23.

Jetzt zu der Frage, was hat in diesem Recht der großen Schenkungen das Erforderniß des Interdicti utrubi zu bedeuten? Mit der Beantwortung derselben will ich eine Kritik der bisherigen Theorieen verbinden, und zugleich meine Meinung, oder vielmehr meine Vermuthungen über das, was die Lex Cincia selbst schon enthalten haben mögte, daran knüpfen.

So wie man allgemein die Richtung des Cincischen Rechts auf die Form der Schenkung geleugnet hat, so hat man auch eben so allgemein angenommen, das »superior interdicto« in §. 311. der Vaticanen sey lediglich auf das Verhältniß zwischen Schenker und Beschenkten zu beziehen; man streitet nur darüber, ob der Schenker vermöge dieses Requisits die Schenkung revociren könne oder nicht. Rudorff behauptet das letztere er warnt S. 39 davor, man sollte doch ja nicht glauben, daß wenn dieß gefehlt habe, der Schen-

§. 314. war nicht bloß das Instrument verfertigt, sondern auch vermöge desselben die Sache tradirt worden, nicht weil das nöthig war, sondern, wie der Verfolg zeigt, weil man zuweilen sonst nicht wissen konnte, ob der Entschluß zu schenken wirklich definitiv gefaßt und acceptirt worden.

63) S. die vorige Note.

ker ein ius poenitendi so lange gehabt habe, bis das Interdict dem Beschenkten gewonnen worden. Das habe schon darum nicht seyn können, weil der Besitz des Autor immer dem Besitz dessen, der die Sache von ihm habe, accedire. So stellt er sich also dieß Requisit als eine reine Förmlichkeit vor, die nicht durch die Lex Cincia, sondern vom Prätor durch ein eigends dazu eingeschaltetes Edict eingeführt worden sey. Er bekennt offen, daß er dieß nicht erklären könne, aber das Interdictum utrubi sey überhaupt in Dunkel gehüllt. Er ist bescheiden genug, seine Ansicht für eine bloße Conjectur zu geben; aber unverkennbar ist doch, daß seine Theorie darauf gebaut ist, denn deshalb will er von gar keiner Einwirkung der Cincia auf Schenkungsformen etwas wissen, weil die Tradition bey res mancipi mobiles nur dieses Interdicts wegen, so wie bey res mancipi immobiles des Interdicti uti possidetis wegen hineingekommen sey. So überspringt er die Traditio, obgleich von dem Interdictum uti possidetis nirgends die Rede ist, (es ist Folge der Tradition, nicht Grund derselben), obgleich aus mehrern Stellen der Vaticanen deutlich erhellt, daß die Traditio auch bey res mancipi für sich und zunächst Requisit ist, und daß das Erforderniß der Oberhand im Interdictum utrubi noch bey beweglichen Sachen als ein Amplius hinzukommen müsse, z. B. die Hauptstelle:

> Vat §. 311. Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem, d. h. es ist noch außerdem Tradition erforderlich, was bey einem Exceptus (§. 310) unnöthig ist; in rebus mobilibus, *etiam si traditae* sind, exigitur ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata (res) est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita.

Francke hat im Verfolg seiner Abhandlung gegen diese ganze Vorstellung der Sache treffende Bemerkungen gemacht, welche leicht für das Beste darin gelten könnten. Wie könnte auch eine Ansicht begründet seyn, die ein Requisit annimmt, wo

nach eigner Voraussetzung keins ist, denn was kann in aller Welt dem Beschenkten in diesem Verhältniß an dem Interdict liegen, wenn der Schenker doch ohnedem nicht das Tradirte zurückfordern kann? Dieß ist nicht bloß eine Unerklärlichkeit, sondern ein Widerspruch.

§. 24.

Leider ist aber die Aushülfe die Rudorffs Gegner hier gibt, eben so wenig befriedigend. Er nimmt an, die Accessio possessionis habe auf Aequitas beruht, hier sey aber wegen der Schenkung keine Aequitas vorhanden. Dieß muß um so mehr auffallen, da er, wie wir nachher sehn werden, hier gar keinen Unterschied zwischen kleinen und großen Schenkungen macht. Also das war keine Iniquitas, wenn ich jemanden, der keinen Rock hatte, ein altes Kleid zu seiner Bedeckung geschenkt hatte, das nicht so viel als 5 Thaler werth war, und ihm das Kleid nun wider abforderte, unter dem Vorwande, er habe es im letzten Jahre noch nicht so lang besessen als ich, denn dieß gehört bekanntlich zu dem Uebergewicht in diesem Interdict [64]? Nämlich wie sich denken läßt, Francke nimmt an, der Schenker könne ungehindert das Interdictum utrubi anstellen, und damit die geschenkte Sache zurückfordern, so lange der Andere noch nicht sagen könne, er besitze die Sache im letzten Jahre länger.

Ich gestehe, daß alles was an Rechtsgefühl in mir ist, sich dem widersetzt. Aber nach Francke soll dieß nicht durch das Edict hinzugekommen seyn, sondern er eruirt es aus dem Buchstaben der Lex Cincia selbst. Er meint nämlich, diese habe so gelautet, daß sie bloß die Klage des Beschenkten annihilirt habe, und zwar durch eine Exceptio, dagegen habe sie dem Schenker keine Klage geben wollen, die ihm nicht ohnehin schon zugestanden habe. Eine solche Klage sey aber das

---

64) Paul. R. S. V. 6. 1. L. un. pr. D. de utrubi. v. Savigny Besitz S: 379. ꝛc.

Interdict gewesen, so lange es auf Seiten des Schenkers begründet war. Dadurch habe er denn den Beschenkten in die Nothwendigkeit setzen können gegen ihn zu klagen, wo er ihn denn mit der Exceptio Cinciae habe zurücktreiben können.

Eines, meine ich nun, ist dabey gleich übersehn, daß hier mit dem Interdict eine neue Klage gegeben wurde, die er sonst nicht schon hatte. Denn das muß Francke selbst zugeben, daß bey andern Geschäften und Rechtsverhältnissen es nicht so war, und daß z. B. der Verkäufer von seinem Käufer, der, welcher seine Sache ausgetauscht hatte, von dem, welcher ihm dafür eine andre gegeben hatte, die Sache nicht mit dem Interdictam utrubi zurück fordern konnte, bis dieser sie länger besessen hatte als er. Er wird also auch zugeben müssen, daß das bey Schenkungen nicht anders gewesen seyn könne, ehe die Lex Cincia ihr neues Recht aufstellte. Entweder also diese muß ausdrücklich selbst das Interdict auf einen Fall ausgedehnt haben, für den es vorher nicht gegeben war, also für diesen eine Klage eingeführt haben, wo keine war, und das wird Francke nicht behaupten wollen; oder aber der Prätor muß dieses gethan haben, und da treffen ihn alle die Einwürfe, welche er selbst S. 24. gegen Rudorff gemacht hat. Was sollte denn den Prätor hier bewogen haben, mag es nun seyn einem todten Buchstaben des Gesetzes zu Gefallen, oder proprio motu, bey beweglichen Sachen von großem Werth (denn die kleine Schenkung wollen wir ihm schenken) ein so ungebührliches Requisit eigends einzuführen, indem er doch bey Grundstücken durch Tradition auf der Stelle Unwiderruflichkeit eintreten ließ? Freilich, wie Schrader[65]) bemerkt, die Stellen über Accessio possessionis sprechen alle vom Verhältniß zu einem Dritten. Aber vom Autor sprechen sie nur deswegen nicht, weil es sich bey die-

65) a. a. O. S. 185.

sem, ohne alle Berufung auf Accessio von selbst versteht, daß er mit einem possessorischen Interdict nicht einen Besitz anfechten kann, den er selbst hervorgebracht hat, und zwar mit der bestimmten Absicht, daß dieser immer dauernd, keine precaria possessio seyn solle, in reinem Gegensatz von dem Interdictum unde vi, welches nur den gewaltthätig abgedrungenen Besitz zurückfordert..

Sodann ist aber auch das ganze Postulat, nach welchem er den Text des Gesetzes, von dem wir nur wenige Worte über exceptas personas besitzen, erst schafft, ganz irrig, nämlich daß das Jus Cinciae bloß eine Exceptio, und niemals eine Klage dem Schenker verliehen habe. Um sich in diesem Vortheil zu erhalten, muß er (S. 22.) schlechthin verneinen, daß jemals eine Actio rescissoria statt gefunden habe.

Die obigen (§. 15. 13. 6.) Stellen aus den Justinianischen Pandekten, obgleich sie sonst gar nichts verdächtiges haben, und es auch nicht gar zu wahrscheinlich ist, daß der Compilator, wenn dieß den neuen Constitutionen zu Gefallen interpolirt wurde, sich immer des Ausdrucks legitimo modo oder legis 66) modo hier (in der Constitution selbst freilich werden sie gebraucht) bedient haben sollte, musten als ganz entstellt und unbrauchbar für die Geschichte des Cincischen Rechts dargestellt werden. Sein Hauptargument ist aber (S. 22.), daß eine Actio rescissoria ja bey der res donata niemals Bedürfniß gewesen sey, da man immer mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln, Rei vindicatio und dem Interdictum utrubi habe ausreichen können (vergl. auch S. 31. 32.). Nimmt man ihm diesen Stein hinweg, so stürzt seine ganze Theorie, denn, wie er selbst S. 63 sagt, die »Exceptio legis Cinciae war

66) Bynkershoek obs. VII. 17 will nicht einmal etwas davon wissen, daß das Wort Cinciae hier ausgefallen sey. — Damit soll jedoch gar nicht geleugnet seyn, daß dieß nunmehr practisch auf das Constitutionenrecht zu beziehen sey, nur den Text ließ man stehen, weil er so alle Dienste that.

»die durch das positive Recht gegebene Basis, auf welcher »bis zu den Zeiten Constantins die ganze Lehre von den Schen»kungen beruhte, die Quelle, aus welcher jeder einzelne uns »bekannte Grundsatz bey der Consequenz, welche die Römischen »Juristen in einem so hohen Grade auszeichnete, nothwendig »herfloß«. Dießmal aber sah der Verfasser, er vergönne uns dieß zu sagen, eine Consequenz, die im römischen Recht nie existirte, und die ihm nur darum erschien, weil ihm die obigen Fälle, (§. 6.), in denen, um das Jus Cinciae zu realisiren, eine eigne Actio rescissoria oder Condictio, wo diese sonst nicht Statt gefunden hatte, nöthig geworden war, nur nicht einfielen.

§. 25.

Ganz das entgegengesetzte Extrem hat Wenck (S. 43. 44.) wenn ich anders recht verstanden habe, in seine Behauptung aufgenommen. Nach ihm soll immer noch eine rescissorische Klage auch gegen die perfecta donatio (Vat. §. 311.) Statt gefunden haben, so lange noch der Schenker am Leben war, und selbst widerrufen konnte; das heiße grade perfecta donatio, wenn nur eine Klage, nicht mehr eine Exceptio (nämlich Cinciae) vom Schenker entgegengesetzt werden könne, das letztere charakterisire die perfecta donatio, und lasse der Klage noch immer Raum. Wo sollen wir denn die Fälle unterbringen, in denen die Exceptio Cinciae als Replicatio erscheint? Irre ich nicht, so widerstreitet diese Meinung der Natur des ganzen Verhältnisses und dem natürlichen Sinn des Worts perfecta und imperfecta donatio, und ein einziger sehr verdächtiger Text in den Vaticanen kann diese Gegengründe nicht überwiegen. Wer kann es glauben, daß der Schenker, dem die Exceptio juristisch und nicht bloß factisch (war es bloß factisch, weshalb dieß erwähnen, und durch einen eigenen Terminus bezeichnen, und ein besonderes Gewicht darauf legen, daß perfecta oder imperfecta d. sey?) entzogen war, der sich also, wenn er den Besitz noch zufällig wiedererlangte, nun nicht mehr der Exceptio bedienen konnte;

daß dieser, sage ich, nun noch dem Beschenkten das Geschenk durch eine Klage sollte entreißen können? Was hilft es denn diesem, daß er sich die Sache hat mancipiren, tradiren lassen, daß er das Interd. utrubi durch seinen Besitz gewonnen hat? Wie läßt sich da von perfecta donatio sprechen? Es kann damit nur eine Schenkung gemeint seyn, die nun neuen Bestand gewonnen hat, und welchen Bestand hat denn ein Geschenk, das man ex mera poenitentia jeden Augenblick zurückfordern kann? Viel eher kann man doch geneigt seyn, dem Schenker ein Abwehrungsmittel zuzugestehen, wenn er besitzt, als eine Klage, wodurch er den Besitz wiederfordert. In Beziehung auf das Jus Cinciae gestellt, kann, dünkt mich, perfecta donatio nichts anderes heißen, als eine Schenkung, die nun gar nicht mehr aus dem Grunde dieses Rechts angefochten werden kann, wenn auch in andern Beziehungen und in einem andern Zusammenhange das Wort einen andern Sinn haben kann, wovon wir gleich ein Beispiel sehn werden. Wenck beruft sich auf Vat. §. 272, aber ich kann nicht anders sehen, als daß hier von einem besondern Vorrecht des Patrons die Rede ist, wie es später ein solches war, daß der Patron pönitiren konnte wegen nachgeborner Kinder [67], was aber nur ein Rest war von jenem allgemeinen Recht der Patrone zu pönitiren, (»omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda est«) ohne daß eine Untersuchung darüber seyn durfte (»inter patronos et libertos de iure donationum tractari non oportet«), ob die Undankbarkeit zu dieser Reue Gelegenheit gegeben habe, das soll nach der Eigenthümlichkeit des Verhältnisses immer präsumirt werden, da der Patron das, was er dem Folgsamen und Ehrerbietigen gegeben, nur dem Folgsamen und Ehrerbietigen auch lassen werde. Davon spricht §. 272, »etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus«, d. h. wenn gleich durch die

67) L. 8. C. de donat.

Tradition in andern Beziehungen, namentlich in Beziehung auf das jus Ciciae, die Schenkung als vollführt angesehen werden kann; in Beziehung auf das Recht der Reue des Patrons ist sie doch imperfecta donatio, denn sie kann jeden Augenblick wieder umgestoßen werden. Darum eben, weil dieß der Sinn des Anfangs dieser Constitution von Philippus war, wurde dieser bey der Aufnahme in den Codex Just. (L. 1. C. d. revocand. donat.) weggelassen, denn nach Justinianischem Recht sollte das nicht mehr gelten [68]).

Diesen Einwurf hat Wenck vorhergesehn, er nimmt daher Vat. §. 275. [69]) zu Hülfe, aus diesem sehe man, daß das vielmehr gemeines Recht der Schenkungen gewesen sey, sie hätten immer, auch wegen Undankbarkeit (er trennt: et si), also auch wegen der Cincia, revocirt werden können. Schon dieser Schluß von der Undankbarkeit auf die Cincia scheint mir ohne Motiv. Aber ich glaube auch ganz bestimmt, daß die Constitution von Diocletian so nicht kann gelautet haben. In den Titeln des Justinianischen Coder de donationibus und de revocand. donat. findet sich keine Constitution vor Constantin (L. 7. C. Just. de revoc. don. L. 1. C. Th. eod.) die einen Widerruf wegen Undankbarkeit oder aus bloßer Reue, (von dem Patronat abgesehen), zuläßt; vielmehr entschieden mehrere dagegen [70]). Ja Diocletian in L. 5. C. de revoc. donat. beruft sich auf ein früheres Rescript (man sieht er hat mehrere dergleichen gegeben, von denen das in §. 275 eins ist),

68) L. 10. C. d. revoc. don.

69) Divi Diocletianus et Constantius Sabinae et Diodulae. Perfectam donationem mutata voluntate donatoris, etsi parum gratus existet, cui dono res data est, minime contendi posse saepe rescriptum est. P. P. V. non. mart. Nicomediae Maximo et Aquilino conss. (286).

70) L. 2. (Probus) L. 3. (Carinus) L. 4. 6. (Dioclet.) C. de revoc. don. L. 17. (Dioclet.) C. d. donat.

und sagt: si donationem *rite* fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri *rescindi non oportet*. Die erwähnte Constitution von Constantin ist auch so gefaßt, daß man sehen kann, er habe darin zuerst die Mutter, und auch diese nur unter großen Beschränkungen privilegiren wollen[71]). Auch hier und nachher (z. B. L. 9. C. Just. de. rev don. L. 6. C. Theod. eod.) wird der strengste Beweis, und wahre grobe Undankbarkeit erfordert. Nun kommt uns auf einmal in Palimpsesten eine Constitution von Diocletian vor Augen, die von allem dem das Gegentheil sagt: daß er nicht recht dankbar (parum gratus) war, soll hinreichen, um auch die perfecta donatio rückgängig zu machen, sie habe nun hinterher aufgehört perfecta zu seyn, denn vorher muste sie es ja doch gewesen seyn, da die Unvollständigkeit nur in der Undankbarkeit gesucht wird, die ja hinten nachkommt.

Der historische Gang scheint also vielmehr dieser gewesen zu seyn: ehemals konnte wegen Undankbarkeit gar nicht oder fast gar nicht[72]) widerrufen werden, aus reiner Reue gar nicht, von den Patronen allein das Letztere unbedingt. Dann näherten sich diese Extreme, bis Justinian beides durch einen Ring zog[73]).

Für §. 275 der Vat. ist also eine Correktur unentbehrlich, und die leichteste ist condici[74]) oder rescindi[75]) für contendi.

71) L. 31. §. 1. D. de donat. kann nicht mit Sicherheit dagegen angeführt werden, da die Worte von iudicem tamen ein Emblem zu seyn scheinen. War, was Mai annahm, §. 254. derselbe Text, so sieht man so viel, sie fehlten am Schluß.

72) Es mogten gewissermaßen ausgenommen seyn Schenkungen unter Brautleuten, wenn die Verlobung durch Schuld des Beschenkten zurückging. Vergl. Vat. §. 262. mit §. 284. u. L. 8. 9. C. de donat. ante nupt.

73) L. ult. C. de revoc. donat.

74) Wie auch vorkommt condicere dotem, satisdationem, liberationem.

75) Wie es ähnlich heißt in der schon ausgezogenen L. 5. C. d. revoc.

Auf keinen Fall kann aber, das sieht wohl ein jeder, das Diocletianische Rescript irgend etwas für das Eincische Recht beweisen.

§. 26.

Um nun aber zu dem Interdictum utrubi nach dieser Abschweifung zurückzukehren, das Requisit ist doch unleugbar da; wie ist es denn zu verstehen, und zu erklären? Wie wenn man, möchte ich vorschlagen, das Verhältniß zum Schenker ganz aufgäbe, und es mit dem Verhältniß zum Dritten versuchte? Es soll nur, indem tradirt wird, kein Dritter da seyn, der die Sache im letzten Jahre länger besessen hat als der Schenker, und ist das doch, so soll der Beschenkte sie noch erst so lange besitzen, daß er im Interdict den Dritten überwinden kann, versteht sich den Besitz seines Autors mit eingerechnet; eher soll die Schenkung nicht als vollführt (perfecta) angesehen werden können, und, wenn der Schenker nicht will, keinen Bestand haben, nicht anders als wenn der Schenker bloß mancipirt, und gar nicht tradirt, oder tradirt und nicht mancipirt hatte, wo es erforderlich war. Nicht ein Besitz-Interdict soll der Schenker hier anstellen können, um den von ihm selbst herrührenden Besitz aus einem über das Besitzrecht hinausliegenden materiellen Rechtsgrunde: unerlaubte, unmäßige Schenkung, zurückzurufen, sondern es soll ihm eine rescissorische Klage oder eine Condictio zustehen, wie in dem obigen Fall, da der Schenker schon mancipirt hatte, und der Beschenkte nun zufällig den Besitz erlangte, den ihm jener doch auch anfangs zugedacht hatte, und das auch

---

donat., und noch ähnlicher in L. 9. C. de donat. ante nupt. (beide von Diocletian): Cum te sponsae filii tui quaedam donasse confitearis, *perfectam* donationem *rescindi* nec nostro oportet rescripto, quam tua voluntas iurisque auctoritas fecit ratam. Der Anfrager wird sich wohl auch auf etwas Undankbarkeit seiner verhofften Schwiegertochter berufen haben.

hier, wie dort, weil die Schenkung noch nicht rein vollführt worden. Dieser Vorschlag zur Güte scheint sich schon dadurch zu empfehlen, daß das Requisit, wie es in der obigen Stelle des Paulus ausgedrückt ist, « ut interdicto utrubi superior sit is cui res donata est » gar nicht erfüllt ist, sobald ein Dritter das Interdict gegen den Beschenkten anstellen kann, und den Dritten kann man hier nicht wegbringen, der Schenker weicht, sobald man nur annimmt, was so natürlichen gemeinen Rechtes ist, daß die Römischen Juristen in keinem Fall für nöthig gehalten haben es zu sagen, nämlich daß kein Autor jemals das Interdict habe anstellen können. Aber allerdings entsteht hier denn die Frage, warum hier wegen der fehlenden Oberhand im Interdict eine mangelhafte Vollführung angenommen wurde? Das können wir aber nicht beantworten, ohne überhaupt über die Gründe des Cincischen Rechts eine Untersuchung anzustellen.

§. 27.

Dieß Recht, so wie es zur Zeit der Klassiker war, hatte entweder gar keinen Sinn und Zweck, oder den, daß alle Unbedachtsamkeit und übereilte Schwäche, alle Leichtfertigkeit möglichst von Schenkungen entfernt gehalten würde. Die Punkte, auf die man hierbey zu sehen hatte, waren 1) die Verschwendung, welche die Schenkung regelmäßig an sich enthielt; daher wurden hier, von der donatio ob causam orandam abgesehn, nur große Schenkungen, wie sie unter besonnenen Leuten selten vorkommen können, und noch seltener aus vernünftigen Gründen [76]), einem Regulativ unterworfen. 2) das Motiv, was

---

76) Francke bezieht freilich alle Requisite, wovon wir bisher sprachen und so auch die Exceptio legis Cinciae selbst auf alle, auch die kleinen Schenkungen und schließt dieß 1) aus dem Stillschweigen der Vaticanen über diesen Unterschied. Mich dünkt, es ist daraus nichts zu schließen, denn wenn ein Römischer Jurist von donationes ad Legem Cinciam sprach, so wußte ein

zu der Schenkung bewogen haben konnte; ob z. B. die Obermacht eines andern und die eigne Noth und Verlegenheit: davon war ein recht eclatanter Fall, da der Patronus causae ein Geschenk erpreßte, und dieß bildete wohl den materiellen Zusammenhang dieses Capitels mit dem übrigen Theil des cincischen Rechts, denn es gab ja auch noch andre Fälle, wo man um nur von einer Noth durch Hülfe eines Andern befreit zu werden, gern alles hingab, und verschwenderisch sich zu späte Reue bereitete, wo aber die Turpitudo auf Seiten des Accipiens nur nicht so hervortrat. Eben dieser Turpitudo nach römischen Sitten und Verhältnissen wegen, wurden auch hier erst an alle Schenkungen ohne Unterschied verboten. Sodann kam auch in Betracht, ob Umstände vorhanden waren, die den Schenker zu einer unbedachtsamen Gleichgültigkeit über die Schenkung verleiten konnten[77]. Aus diesem Gesichtspunkt

---

jeder, welche gemeint waren. 2) schließt er es aus der Formel der Exceptio in factum, die in §. 310 der Vatik. vorkommt: si non *donationis causa* mancipavi vel promisi donaturum. Wie diese besondere Formel hier noch neben der vulgaris Bedürfniß seyn konnte, mögte schwer zu errathen seyn; aber daß aus dem Fehlen des Worts immodicae nichts zu schließen sey, scheint mir doch klar; denn woher wissen wir, daß hier die vollständige Formel steht? wie oft werden nur die Anfangsworte angegeben, um eine Actio oder Exceptio zu bezeichnen, wie wenn es nun gleich darauf hieß: quod - solidos superat? Irre ich nicht, so findet sich eine andre Formel für dieselbe Sache, welche auf große Schenkungen wenigstens schicklicher zu beziehen ist, gleich darauf in §. 312, wenn man nämlich so liest: formula praemissa: quodsi nullas vires donationem habuisse dicatur. Und war denn dann nicht die Bestimmung über den Modus in der Lex Cincia ganz müssig? doch davon noch unten

77) Von allen solchen Rücksichten will freilich Klinkhamer a. a. O. nichts wissen, sie sind ihm zu modern, nicht genug im

betrachtet ist es schon erklärlicher, wenn man die Mancipation,

Geist des Alterthums. Indem er es zu erklären sucht, weswegen kein Gesetz früher als die Lex Cincia über diesen Gegenstand gegeben wurde, führt er an, die Römer wären ungefähr bis zum zweiten Punischen Kriege so arm gewesen, daß gar keine bedeutende Schenkungen schon allein ihrer Armuth wegen, bey ihnen hätten vorkommen können (S. 18. 2c.) — Und doch machte die Centurienverfassung einen so wichtigen Unterschied zwischen Begüterten und Unbegüterten, und doch wird uns von Aufständen im alten Rom erzählt, die durch die Hartherzigkeit der Gläubiger entstand, war da denn nicht Motiv zu schenken oder sich beschenken zu lassen genug? oder gehört das alles in die unhistorische Zeit? Was macht es sonst aus, ob viel Schätze in Rom angehäuft waren, wenn es nur relativ sehr Reiche und sehr Dürftige da gab? — Ferner der Sinn der ältesten Römer habe sich solche Beschränkungen der Verfügungfreiheit gar nicht aufdringen lassen. In der ersten Zeit der Stadt wären die Römer aus dem Hirtenstande noch erst kürzlich herausgetreten gewesen, um etwas Ackerbau zu treiben (S. 15) daher noch die strenge patria potestas, und solche kleine Familien-Despoten wären natürlich auch eifersüchtig gewesen auf Freiheit der Verfügung über ihr Vermögen. Zur Zeit der XII Tafeln sey das nicht anders gewesen, das beurkunde der Ausspruch darin: uti legassit ita jus esto, denn wenn man sogar über seinen Tod hinaus frey verfügen könne, so müsse man es wohl unter Lebenden. — Gewiß ist das wahr von onerosen Verfügungen u. L., aber ganz falsch von lucrativen, wenn es anders einen Unterschied macht, ob man den andern reich macht, indem man sich selbst nicht schadet, oder aber indem man sich selbst arm macht. — Zur Zeit der Lex Cincia sey das freilich ganz anders gewesen, da habe das öffentliche Interesse alles Privatinteresse verschlungen. »Non video,« sagt der Verfasser, »hac in lege *timidam illam et callidam* prohibendi rationem, quam vir clarissimus *von Savigny*, sibi in illa reperire visus est, quasi, ne singulorum libertatem offenderent, dona ampliora prohibere non audentes, illa molestioribus oneraverint solennitatibus. Non erat hoc, ni fallor, ex indole gentium antiqua-

selbst nachdem das bonitarische Eigenthum aufgekommen, noch immer erforderte, und auch wieder mit dieser allein nicht zufrieden war, obgleich da doch sehr förmlich verfahren wurde. Wenn man bloß macipirte, gab man die Sache doch noch nicht weg, und besonders wenn man einen entfernt gelegenen Fundus verschenkte, so kannte man diesen vielleicht nicht einmal recht, man hatte ihn erst geerbt, hielt seinen Werth für gering. Dieß nun gar mit einer Verlegenheit verbunden, aus der der Beschenkte retten konnte; und man ließ sich leicht in die Schenkung hineindrängen. Muste erst tradirt werden, so konnte man sich die Sache erst ansehen, und Zeit war gewonnen. Freilich konnte man seinen Sclaven schicken, oder seinem Sclaven dort den Auftrag geben zu tradiren, aber das waren denn im Durchschnitt betrachtet, Leute zu denen man Vertrauen

---

rum praesertim Romanorum, ut libertatem maxime putarent eam esse, quae liberum iurium *privatorum* tribueret exercitium. *Haec est potius nostra recentiorum libertas;* antiqui vero tunc demum vere liberos se esse ducebant, quando res *publicas* agere, suffragio suo summos magistratus creare, et de pace bellove poterant statuere. Hinc non curabant adeo, *si quid ex bonis suis amitterent* (!), vel prohiberenter, quo minus ea libere alienarent etc. Nach des Verfassers eigner Erzählung von der frühern Zeit muste dem M. Cincius jene Vorstellung, die ihm so modern dünkt, ächt antik und recht veraltet vorkommen; denn zur Zeit der Erbauung Roms und der XII. war sie ja noch in höchster Kraft, und gab es denn zur Zeit, wie die XII. Tafeln gegeben wurden, noch kein öffentliches Leben in Rom, oder konnte man sich damals noch nicht recht der Hirtengedanken entschlagen? Freilich nicht jede Zeit findet in sich ein Motiv zu solchen Gesetzen wie die Lex Cincia, aber wenn man das erkennen will, muß man dem Phantasie-Reitz zu widerstehen wissen, sich eine entfernte Vorwelt so wunderbarlich von unsrer Welt verschieden zu denken, als hätten damals keine Menschen, sondern nachmalige Mondbürger auf der Erde gelebt.

hatte, und von diesen ließ sich erwarten, daß sie erst berichteten, wenn der große Werth des Gegenstandes Bedenken erregte, und eine bescheidene Vorfrage wurde auch dann nicht leicht übel genommen, wenn der Herr erst gradehin den Auftrag zur Tradition gegeben hatte. Auf der andern Seite war aber die Mancipatio selbst ein Mittel zu kühler Besinnung zu kommen: so cumutirte man beides. Mit der Promission war es nicht viel anders, nur war die Gefahr der Uebereilung noch größer: in der Noth und in einer exaltirten Stimmung ist der Mensch geneigt, alles zu versprechen, gleich viel ob in gewohnten Formeln, wie bey der Stipulation, oder ohne diese, was er doch hinzugeben am Ende sich bedenkt, was er vielleicht nachher nicht einmal zahlen kann, ohne seinen Wohlstand zu zerstöhren: kommt es zum Auszahlen, so wird er es wohl gewahr werden, und wenn er etwa den Freund oder die Freundin auf ein Peculium seines Sclaven, auf eine Kasse, die dieser verwaltet, anweist, so wird ihm die warnende Stimme wieder nicht fehlen. Ueberhaupt aber wollte man große Schenkungen nicht ganz unmöglich machen, auch nicht juristisch, so daß der Beschenkte seines neuen Guts gar nicht sicher werden konnte, das Geschenk konnte ja auch unter Extraneis die edelsten Gründe haben, und der Schenker konnte so reich seyn, daß es wünschenswerth war, eine großmüthige Stimmung möge nicht ihre Wirkung verfehlen. Nur niemand sollte in die Schenkung hineingeängstet, oder durch Irrthum dazu verleitet, überhaupt keiner übereilt werden, und da nun dieß in den einzelnen Fällen sich selten untersuchen und abwägen läßt, die Schenkungen aber nicht einem unnatürlichen Zwangsverbot unterworfen seyn sollten; so benahm man ihnen nur die Wirkung, so lange sie nicht im vollsten Sinne ausgeführt und realisirt waren. Darum muste vacua possessio allemal übertragen worden seyn, und das nahm man hier in einem besonders

78) Vergl. L. 2. §. 1. D. de act. emt.

strengen Sinne [78]) oder vielmehr man ging bey beweglichen Sachen noch über den Begrif hinaus, der Besitz als Besitz sollte dem Beschenkten gänzlich erst gesichert werden. Hatte daher der Schenker die Sache im letzten Jahre von der Tradition rückwärts gerechnet noch nicht so lange als ein Dritter besessen, der sich also noch in diesem Augenblick des Interdicti utrubi bedienen konnte, so muste nun noch der Beschenkte bis zu dem Augenblick besitzen, wo man dann sagen konnte, wenn jetzt das Interdict aufgestellt wird, so ist er superior, denn er hat im Jahr von der Anstellung des Interdicts rückwärts gerechnet, länger besessen als der Dritte, versteht sich den Besitz seines Autors eingerechnet. Jener Punkt der übereilten Gleichgültigkeit kommt hier besonders in Betracht: einen Besitz, der mir selbst noch wenig gesichert ist, daß ein Andrer mit einem possessor. Interdict mir ihn abfordern kann, gebe ich leichter auf, um einen Freund zu gewinnen; ist die Zeit verflossen, wo das noch möglich war, ohne daß er es gethan hat, so denke ich anders darüber [79]). So mag das

---

79) Dann, könnte man einwenden, wäre aber auch das Interdictum unde vi, dessen doch die Quellen nicht erwähnen, beym Fundus zu bedenken gewesen. Aber man muß nur nicht vergessen, daß die Schenker hier immer begünstigt werden sollten, nun wurde aber zum Interd. utrubi Gewaltthätigkeit oder sonst ein bestimmtes Vitium nicht erfordert (v. Savigny a. a. O. S. 386), wer dagegen jemanden eine Sache mit Gewalt abgenommen hatte, und sie nun an einen Andern veräußerte, der verdiente keine Begünstigung, auch war hier nicht durch Besitz so zu helfen, daß gar nicht mehr vom Gewaltthätigen zurück gefordert werden konnte. Aus ähnlichem Grunde zweifle ich nicht, daß mehrere Schenkungen nicht zusammengerechnet wurden, wenn sie zu verschiedenen Zeiten geschahen, denn wenn der Schenker das Gesetz umgehen wollte, so war er wenigstens fest entschlossen sich zu schaden, nur eine offenbare Arglist des Beschenkten konnte dieß ändern. Alles Arbitrium iudicis kann man hier auch doch nicht ausschließen.

Interdictum utrubi nicht inconsequent in das Jus Cinciae hineingekommen seyn: war dieß gewonnen, so war nun erst die Schenkung rein zu Ende gebracht und nun erst sollte sie vollaus bestehen. Ich will auch dieß nur für eine Conjectur ausgeben [80]) aber mich dünkt, sie ist keine unwahrscheinliche, sie hat nicht so starke Gründe gegen sich, wie die bisherigen, und die Quellen-Texte vertragen sich wohl damit. Das Letzte wollen wir an Vat. §. 293, neben §. 310. 311 die Hauptstelle, zu zeigen suchen. Das Rescript ist nach der Unterschrift von Diocletian und Maximian v. J. 293, nach der Ueberschrift ist es an eine Person (Aur. Lucianus) gerichtet, es ist aber wiederholt darin von mehrern Personen die Rede, die gemeinsam zu unterrichten waren. Es ist also anzunehmen, Einer hatte für einen Andern mit gefragt, indem an sie Beide die Schenkung geschehn war. Eine Frau hatte, so lautete das vorgelegte Factum, ihnen ihr ganzes Vermögen geschenkt, und sie waren im Besitz, die zum Vermögen gehörigen Sachen waren ihnen tradirt [81]). Der Erbe [82]) der Schenkerin hatte die Schenkung nicht gelten lassen wollen,

80) Der subtilsten Subtilität könnte dadurch ein Gnüge geschehen wenn man die Fiction, welche v. Savigny Recht des Besitzes S. 386., um zu erklären, daß das Int. utrubi immer ein Int. *retinendae* possessionis sey, annimmt, hieher ziehen wollte, denn immer wird hier ja vorausgesetzt, daß der Schenker im Verhältniß zu einem Dritten, wie er schenkte, nicht den größeren Theil des Jahrs rückwärts (retrorsum) besaß; wird nun nur der größere Besitz als gegenwärtiger fingirt, so hat der Schenker noch keinen Besitz übertragen da er keinen hatte, man könnte also sagen, es sey juristisch so gut, als wenn er gar nicht tradirt hätte. Doch lege ich hierauf kein großes Gewicht.

81) — »quoniam omnia vobis ab ea (Cod. eo) donata et tradita dicitis.

82) — »quod autem res *ab herede donatricis* distractas. —

weil sie unmäßig sey und gegen die Lex Cincia verstoße. Da die Kaiser nun genau auseinander setzen, was alles dazu gehöre, um dieser Lex gerecht zu seyn, ohne dabey der Bestätigung durch den Tod, die alles jenes unnöthig gemacht hätte (§. 259. 266. 294.), zu erwähnen, so ward vorausgesetzt, der Erbe hatte sich auf einen Widerruf vor dem Tode berufen [83]). Der Anfrager hatte sich einen Stiefsohn (privignus) der Schenkerin genannt, aber nicht deutlich gesagt, ob er es noch zur Zeit des Todes war (sein Vater konnte ja z. B. früher von ihr geschieden seyn). Eine Promissio kam hier gar nicht zur Sprache, da diese nicht, wohl aber Tradition allenthalben vorgegeben war. Eben so wenig gehörten italische Grundstücke zur Frage, denn es lag vor, daß die Verstorbene nur Besitzungen in der Provinz gehabt hatte. Da waren denn also nur tributarische Grundstücke, bewegliche res mancipi und bewegliche res nec mancipi, die alle ihr unterschiedliches Cincisches Recht hatten. Der Anfrager hatte sich noch darauf berufen, daß er excepta persona sey, und sich nun Unterricht über sein und des Mitbeschenkten Recht erbeten. Da wird nun rescribirt: bey der »res tributaria« ist kein Unterschied zwischen persona excepta und non excepta, denn »vacuae possessionis inductio,« nur von einer Person, die über 25 Jahr alt ist, vollführt hier (perficit donationem) immer, und ohne diese wäre die bloße Beliebung einer Schenkung (huiusmodi placitum) nichts. Erst bey beweglichen Sachen geht der Unterschied an. Wart ihr da non excepti [84]), so müßt ihr die res mancipi entweder usucapirt

83) So ist dieß zugleich entscheidend gegen Wencks obige (§. 25.) Meinung, denn, heißt es hier, wenn perfecta est donatio res »avocari non possunt,« und doch hatte in diesem Punkt der Widerruf der Schenkerin den Erben ihr selbst gleich gestellt.

84) »Cod. Sin excepti fuistis,« das non vor excepti ist aber unentbehrlich. Klinkhamer hat dieß wieder nicht bemerkt.

haben, oder ihr müßt die mancipirten den größeren Theil des Jahres, gleich viel ob vorher oder nachher (d. h. vor oder nach der Mancipation) besessen haben [85]. Der Tradition wird nicht erwähnt, aber es versteht sich von selbst, daß hier ein von der Schenkerin selbst übertragener Besitz (§. 311.) gemeint ist, denn sonst konnte auch das gegen sie gewonnene Interdictum utrubi nicht helfen. — Die res nec mancipi müssen denn nur tradirt seyn, aber auch jener längere Besitz muß bewiesen werden können, weil der Einfluß der Interdicts dieß mit sich bringt, welches eben jenen längeren Besitz erfordert. In dem a vobis possessa ist der Pluralis zweydeutig, er kann schon dem Buchstaben nach auch mit auf den Autor (die Schenkerin) gehn, aber wenn auch nicht, so verstand sich von selbst, daß im Verhältniß zum Dritten sie so viel Zeit mit besessen hatten, als ihre Schenkerin besessen hatte. Grade das antea muste ordentlicher Weise Besitz der Schenkerin seyn, da Mancipation und Tradition hier gewöhnlich bey einer Schenkung zusammentreffen musten, doch konnte es freilich auch seyn, daß die Tradition vor der Mancipation geschehn war, und dann ward zusammengerechnet: Besitz der Schenkerin, Besitz des Beschenkten vor und nach der Mancipation. Das maiore tempore anni ist nicht, wie Schrader [86] will, »ein Besitz von mehr als einem halben Jahr« zu übersetzen, das wäre gar eine Art von Usucapion gewesen; sondern es ist das, wie allemal beym Interdictum utrubi, relativ zu nehmen [87]. Stellen wir

85) — rerum mobilium — quae mancipi sunt usucapta vel mancipata post vel antea maiore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt.

86) A. a. O. S. 185 i. d. Mitte.

87) L. 156 D. de V. S. Maiore parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus aut nullis possederit.

die Relation zum Autor hieher, so gibt das ein ganz ungereimtes Resultat, wenn dieser vielleicht ein paar Stunden besaß, er konnte ja was er des Morgens gekauft hatte, schon des Nachmittags verschenken, dann brauchte der Beschenkte keinen Tag; hatte jener lange Jahre besessen, so brauchte er dann freilich ein halbes Jahr: und doch kann man gar nicht errathen, aus welchem vernünftigen Grunde man in diesem Fall mehr Besitz als in jenem zur Vollführung der Schenkung verlangte, wenn man nicht Francke's (S. oben §. 24. u. unt. §. 28.) Erklärung annehmen will, die, wie gezeigt worden, in sich und im Zusammenhang mit dem Uebrigen so viel gegen sich hat. Denkt man es sich dagegen in der Relation zum Dritten, so ist die Sache ganz natürlich, denn die längere und kürzere Zeit des Besitzes, den des Autor eingerechnet, richtet sich darnach, ob ein Dritter im letzten Jahr besessen hat, und wie lange er besessen hat: ihr müßt nur sagen können, du und dein Autor, daß ihr im letzten Jahr rückwärts, länger als jeder Andre besessen habt, denn sonst kann dir der Besitz entrissen werden, es ist also auch keine wahre Tradition geschehn, also die Schenkung nicht zu einem ganzen Ende hinausgeführt. »Propter interdicti potestatem« heißt also nicht so viel, weil die Solennität des Interdicts dieß erfordert, sondern weil die Einwirkung desselben sonst die Vollführung hemmen würde. — Der übrige Theil des §. 293. ist nicht schwierig, und interessirt uns hier nicht.

§. 28.

Legen wir uns nun noch endlich die Frage vor, was denn wohl die Lex Cincia, so wie sie ursprünglich war, enthalten und ausgesprochen habe, so fühle ich mich wirklich in einiger Verlegenheit, und ich mögte lieber meine Unwissenheit bekennen, als im Rathen unglücklich seyn, und fürwahr viel mehr als rathen können wir auch jetzt noch hier nicht. Aeusserst mislich scheinen mir hier die Schlüsse und Rückschlüsse,

aus dem Wenigen was die Vaticanischen Fragmente darüber enthalten, oder gar aus dem bloßen Stillschweigen derselben. Was das letzte betrifft, so könnte es uns doch wohl bedenklich machen, daß wenn das eine Bruchstück § 304. weggelassen worden, oder unleserlich gewesen wäre, wir noch diesen Augenblick keine Sicherheit darüber haben würden, daß überhaupt in der Lex Cincia von einem Maaß der Schenkung die Rede gewesen sey, denn dieses eine Bruchstück gibt doch erst den Stellen in Ulpians Fragmenten (I. 1.) und in Paulus R. Sententiae (V. 11. 6.) beweisende Kraft. Hätten da nicht diejenigen, welche zu Schlüssen so bereit sind, aus dem »eis omnibus inter se donare capere liceto« den Schluß gemacht, daß unbedingt alle Schenkungen, große und kleine, im Gesetz verboten worden? sie restituiren ja das Gesetz darnach in seiner Vorschrift: donare capere *non* liceto. Nun wird denn aber weislich das ultra — certum modum, wie dieser nun auch hieß, hineingeschoben. Könnte nun aber nicht außer diesem Zusatz auch noch eine Modification hinzugefügt gewesen seyn, z. B. dahin, daß wenn jemand schenken wollte, er dann dieß und jenes beobachten, die Schenkung realisiren und gänzlich ausführen, vacuam possessionem überliefern sollte u. s. w., u. s. w.? Was immer im Anfange vorgeschrieben seyn mogte, man konnte allemal bey den Exemtionen damit aus, daß man sagte: diesen bestimmten Personen — inter se dare capere liceto, oder in infinitum d. c. liceto, denn es verstand sich von selbst, daß sie dann auch keine der nähern Bestimmungen und Modificationen träfen, sonst wären sie ja nicht gegen das Gesetz eximirt gewesen. Dieß scheint mir überall der natürliche Zusammenhang zu seyn, und ich begreife nicht recht, wie Francke (S. 30.) auf den Gedanken kommen konnte, daß das Gesetz mit den Ausnahmen angefangen habe, also wohl um die privilegirten Personen gleichsam erst damit zu begütigen, daß es mit ihnen beym Alten bleiben sollte (wie konnte denn das

zu Anfang rogirt werden, wenn kein früheres Gesetz schon die Schenkungen verbot?); daß es dann eine Regel habe folgen lassen, wie es mit solchen gehalten werden sollte, die nicht eximirt waren, eine Regel, die aber den Modus bestimmend gänzlich müssig war, weil sie keine Nichtigkeit androhte, und die daher, wie der Verfasser meint, (S. 62.) gar keine Wirkung (vor dem Jahr 428 keine?) gehabt habe; daß es endlich den Beschluß mit einer Regel über die Ausschließung der Klage gemacht habe, die denn aber wieder ihre Bestimmung erhalten habe nach den von jener müssigen Regel zu Anfang aufgestellten Ausnahmen, übrigens aber für alle Schenkungen ohne Ausnahme und ohne Rücksicht auf die müssige Regel gegolten habe [88]. Zu einer so unbegreiflichen Verknüpfung dieser letzten Regel mit den Ausnahmen der ersten, muste der Verfasser, wie er selbst gesteht (S. 31.), seine Zuflucht nehmen, da in einem Fragment (§. 304. cit.) eine Exemtion (von der letzten Regel) grade dadurch charakteresirt wird, daß die persona excepta in infinitum d. h. über das vorgeschriebene Maaß schenken könne. Schneidet man die Regel, die müssige, die er unter II. stellt, rein heraus, stellt die zweite Regel, die er unter III. stellt, unter I., indem man ihr den Zusatz von den exceptis personis nimmt, macht dann No. I. mutatis mutandis zu No. II., so haben wir ganz das

88) Er sagt so:

I. wurden die Personen aufgezählt, unter denen alle oder doch gewisse Schenkungen fernerhin unbeschränkt seyn sollten. — —

II. Dann folgte das Verbot, andern als den namentlich eximirten Personen über ein gewisses Maaß hinaus zu schenken — ohne Androhung der Nichtigkeit. —

III. Ward festgesetzt, daß gegen jede Klage aus einer Schenkung von Seiten einer Person, der über jenes Maaß hinaus zu schenken nicht in diesem Gesetze erlaubt sey, dem Schenker vom Prätor eine exceptio gegeben werden solle.

Resultat, was der Verfasser zu finden gedachte: niemand soll irgend eine Schenkung einklagen können, mit Ausnahme gewisser Personen. Wer könnte glauben, daß ein Gesetz, um diese einfache Vorschrift auszusprechen, so viele Umtriebe sollte gemacht, und ein müssiges Verbot sollte eingeschoben haben, und wer könnte glauben, daß wenn das Verbot da war, die Prätoren es so müssig sollten haben stehen lassen? So ferner, meine ich, ist es ganz unrichtig, daraus schon, daß wo von einer perfecta und imperfecta donatio gesprochen wird (§. 310. 311.), nicht gesagt wird, die imperfecta sey contra Legem Cinciam, zu schließen, daß die Requisite der perfecta nicht in der Lex Cincia gestanden hätten; denn ich denke, das versteht sich von selbst, daß wenn davon in Beziehung auf die Lex Cincia gesprochen worden, gemeint war, die Schenkung sey eben deswegen imperfecta oder perfecta, weil sie gegen das ius Legis Cinciae verstieß oder nicht, ja es ist dieß sogar in dem §. 310. deutlich ausgesprochen, sie sey darum eben perfecta, weil die Legis Cinciae exceptio, oder die vermöge dieses Gesetzes eingerichtete Exceptio in factum auf keinen Fall gegen sie Statt habe: daran war ja eben zu erkennen, ob die Schenkung die Lex Cincia und ihr Recht verletzte oder nicht [89]).

---

89) Auch wo eine Actio rescissoria nöthig war, ist das doch wahr, denn die Exceptio L. C. würde da Statt gefunden haben, wenn nicht ein zufälliges faktisches Hinderniß gewesen wäre, die Klage des Beschenkten erst abzuwarten, z. B. ehe der Beschenkte superior interdicto wird, kommt der Schenker zufällig nnd ohne Vitium wieder in Besitz. — Hier mögte ich noch auf Eines besonders aufmerksam machen. Wie man auch die Sache ansieht, die Exceptio L. C. bleibt immer das Hauptrechtsmittel; das Interdictum utrubi, als für einen Fall gegeben, wo es sonst gewiß nicht Statt fand, kommt ihr nur nach meiner Ansicht nicht zu Hülfe, wohl aber, wo es nöthig

Doch es ist hier allerdings leichter, die Vermuthungen Andrer als unhaltbar darzustellen, als eigne glückliche zu wagen. Mir, soll ich meine Meinung sagen, scheint durchaus Schrader's Bemerkung (S. 185.) wahr und gut: »Die natürlichste Bedeutung von Ulpians: imperfecta Lex ist, daß das Gesetz selbst keine Mittel angegeben habe, wodurch es zur Ausführung gebracht werden soll; es hatte also weder directe noch indirecte (Exceptio) Nichtigkeit vorgeschrieben.« Daß es Legis Cinciae Exceptio heißt, ist nicht dagegen, denn sonst könnte es auch nicht Exceptio Scti Vellejani [90]) heißen. Daraus folgt freilich nicht nothwendig, daß nicht Modificationen über den Modus perficiendi donationem (wenn man das nicht Form der Schenkung nennen will) gleich hinzugefügt worden seyen, aber es kann das auch nicht gewesen seyn. Es ist auch gar wohl möglich, und nach den darüber vorkommenden kurzen Aeußerungen der Alten [91]) wenigstens nicht unwahrscheinlich, daß das Gesetz

ist, eine rescissorische Klage oder eine Condictio. Aber wenn man sich das ganze Recht der L. C., wie Francke thut, nach dieser Exceptio folgerecht construiren wollte, so würde man auch mit dem Fall noch in Verlegenheit kommen, wenn nach vom Beschenkten gewonnenem Interdict, der Schenker zufällig, wenigstens ohne Vitium gegen ihn, in Besitz der Sache kommt, und nun wieder superior Interd. utr. geworden ist, hat er dann noch die Exceptio? Wer wird das glauben? aber weshalb nicht? und wie liegt das in dieser Consequenz? Das erworbene Eigenthum kann es nicht seyn, das den Ausschlag gibt, denn das ging schon dem Erwerb des Interdicts vorher, dieser letzte Erwerb auch nicht, denn das Interdict schützt bloß im längsten Besitz!

90) L. 2. §. 1. D. de Sct. Vellei.

91) *Festus* de V. S. Muneralis Lex vocata est, qua Cincius cavit, *ne cui liceret munus accipere. Cicero* de oratore II. 71. --- Quid fers Cinciole? — Ut emas, inquit (Cincius) Cai, si uti

ein von den Exemtionen hinweggesehn unbedingtes Verbot ohne Weiteres enthielt, und daß die Prätoren nachher die Sache so verständig einrichteten, als es im Sinne des Gesetzes, und ohne zu sehr gegen die Meinung und die natürlichen Verhältnisse anzustoßen, seyn konnte. Francke (S. 6. 7.) irrt sich sehr, wenn er glaubt, Theodos habe in L. 5. C. de Legibus rein neu eingeführt, daß wenn das Gesetz ein Geschäft verbiete, dieß schon darum nichtig sey; als hätten vorher nie verbotene Handlungen schon darum unwirksam seyn können, wenn das Gesetz nicht die Nichtigkeit ausdrücklich vorgeschrieben hätte. Vorher hatte man nur hierüber keine feste und durchgreifende Regel, und man nahm dann die Sache so, wie die Absicht des Gesetzes (mens legis) und die Motive desselben es mit sich brachten. Die Prätoren suchten in alter Zeit die Sache so einzurichten, wie der Zweck des Gesetzes so weit dieses ihn wollte, und nicht weiter, es mit sich brachte, das war nun bald Nichtigkeit ipso iure bald per exceptionem, bald auch ein Drittes. Mit dem Verbot der L. Cincia mogte man es anfangs strenger nehmen als späterhin, die politischen Motive [92]) mogten in der Folge verschwinden, und dafür andre, aber doch immer im Geist des Gesetzes, die leitenden werden. Alles was wir gewiß wissen ist, daß zur Zeit unsrer Klassiker die Sache so und nicht anders eingerichtet war, wie oben entwickelt worden. Wie viel davon dem Gesetz selbst, wie viel dem Prätor davon gehöre, das läßt sich für jetzt so wenig als das Schenkungsmaaß desselben, im Detail bestimmen.

---

velis. Ep. ad Atticum I. 20. — Man ist nur meistens ungewiß, wie viel davon bloß auf das pretio causam orare geht, dessen Tacitus Annal. XIII. 42. XI. 5. XV. 20. gedenkt.

92) Livius XXXIV. 4. Er läßt den Cato sagen: Quid Legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalis iam et stipendiaria plebes esse senatui coeperat?

Schlußbemerkungen.

1. Aus dem, was oben (§. 5. a) über die Befugniß des Singular-Successor, die Exceptio L. C. zu opponiren, im allgemeinen gesagt worden, wollen wir hier noch den Fall herausheben, da die Sache zweien nach einander von demselben geschenkt worden. Daß wenn die Schenkung in dem entwickelten Sinne vollführt war an den Einen, während die andre Schenkung, diese mogte früher oder später begonnen seyn, noch nicht vollführt war, der Eine vorgeht, versteht sich von selbst; aber wie wenn Beide schon streiten, während Beide noch keine perfecta, sondern nur noch eine coepta donatio in Anspruch nehmen können? Ist dann A, Einem bloß mancipirt, dem Andern bloß tradirt, so kann zwar jener die rei vindicatio gegen diesen anstellen, und wenn dieser die Exceptio rei d. c. traditae erwidert, die Replicatio L. C. entgegnen; allein diese kann durch die Duplicatio doli überwunden werden, da der Replicant sich auf etwas gegen den Andern beruft, was ihm selbst entgegensteht. Kommt aber der Eine, welchem mancipirt worden, in Besitz, und der Andre hat kein Interdict, so hat er auch keine Klage gegen Jenen, oder doch keine, die er gegen ihn durchsetzen kann. Paulus R. S. V. 11. 4. kann nicht hieher gehören, da der Unterschied zwischen excepta und non excepta persona, der hier nicht verkannt werden kann, dort geleugnet wird. Vielleicht stand ursprünglich cui res mancipata et tradita est, wodurch denn das folgende: an prior *acceperit* erst einen leichten Sinn bekommt. §§. 315. 316. d. Vat. können nichts entscheiden, da bey einem Provincial-Grundstück unser Fall nicht seyn kann, da ist ja allemal mit der Tradition die Schenkung vollbracht. Wurde aber B, eine res mancipi zweien nach einander bloß tradirt, so konnte der Vorzug des ersten Accipiens nach gemeiner Regel der actio Publiciana, schon deswegen nicht Statt finden, weil bey der zweiten Tradition

der Schenker sein Recht der Reue ausgeübt hatte; doch kann wohl seyn, daß auch hier der durch kein Interdict anzufechtende Besitz entschied, denn Beide hatten in gewissem Sinn iniusta causa, und jener konnte sich ja auch noch die zweite Schenkung gereuen lassen.

2. Wenn wir oben (§. 13.) angenommen haben, daß, um eine Pluspetitio zu vermeiden, eine Communio zwischen Schenker und Beschenkten eingeführt werden konnte; so steht nicht die in L. 26. §. 4. D. de cond. ind. gelegentlich ausgesprochene Regel entgegen: nemo invitus compellitur ad communionem. Denn der Schenker drängt sich selbst in die Communio ein, indem er anfängt zu schenken ohne zu vollbringen, und dann widerruft, so weit er widerrufen kann, und der Beschenkte muß diese wollen, wenn er überhaupt von dem Geschenkten etwas behalten will. Daher Justinian in L. 34. D. de don. bey seinem Insinuationsrecht dasselbe annimmt; daß er dieß erst neu eingeführt habe, sagen die Worte in §. 2. communione inducta nicht, denn wie wir oben »einführen« gebraucht haben, bezieht sich »inducere« auf den einzelnen Fall. Selbst die Modification, die er nun bestimmt dort zum Gesetz macht, mogte unterschiedlich längstens angewandt worden seyn, etwas Aehnliches fand ja schon im alten Recht bey legata partitio nach L. 26. §. 2. D. de leg. I. Statt.

3. Darf noch bescheidentlich die Vermuthung hier an den Schluß gestellt werden, daß die oben (Not. 76) erwähnte Exceptio in Factum vielleicht dazu eingeführt wurde, um eine allgemeine Formel zu haben für mehrere Gründe zugleich, womit man eine Schenkung anzufechten gedachte. Die Formel: »quodsi nullas vires donationem habuisse dicatur« in §. 312. d. Vat. paßt schon, und so auch der Formelanfang in §. 311., denn diesem konnte Unterschiedliches hinzugesetzt werden. Eine Widerlegung würde eben so willkom-

men seyn wie eine Bestätigung, denn beide würden vermuthlich etwas neues bringen. — Endlich

4. ist es noch immer eine interessante Frage, auch nach den ausführlichen Erörterungen darüber, wie das Recht des Eincischen Gesetzes historisch mit dem spätern Erforderniß der gerichtlichen Insinuation der Schenkungen zusammenhing, und wie es sich in diesem endlich auflöste; aber weder der Raum der Zeitschrift erlaubt mir noch, meine Meinung darüber zu entwickeln, noch gehört es nothwendig zu dem vorgesetzten Thema. Es genügt mir für jetzt, auch diese Untersuchung durch das Vorstehende, wie ich glauben darf, mehr erleichtert und vorbereitet zu haben.

---

*SCRIP*TIONE·NC
OPERA·SVF
*FIDEI*QVE·EIVS
·EST·DASV
35 VENVGVI
ELEGERIT
CARI·ET.P(
VE·PHILVR
ET·SABINVI
40 *RAT*IONIBVS·RE
M·COCVM·ET
ET·DIADVMI
*O*MNEM·SVM'
*IN·M*ATRIMON
45 *LATE*RCVLIS P
*C*OLONO·LI
-)X X)HE
·SINGVLIS
SI·EROS·VES
50 *PAEDA*GOGVS·RA
*SI·QVE*M·EX·HIS·AI
QVE·VICEN
*OMN*ES·QVOSLI
*IN·FID*EM·EORVM
55 RVANT·COI
· · · · · ·

)MINIS·MEI·CONSEC*RENT* . . . .
'RA·SCRIPTA·FIANT·EI*VS·EORVMQVE·ARBITRATV*
·EORVMQVE·COMMIT*TO·VT*
/MIAE·SYCHE·NVTRIC*I*
MAREVM·PISCATORI
T·PRAETER·QVAM·. X·C
OTOR . . . .
AM·CALCVLATOREAM
M·NOTARIVM·ET·MY
DDITIS·CVM·CONT*VBERNALIBVS·LIBEROS·ESSE·VOLO*
C . . . MICVM·C
ENVM·NOTARIVM
TVARIVM·RATION*E·REDDITA*
IO HABEAT·FIDELEM
VSILLIS·COMPOSITV*M*
B·X·(X)·DASVMIAE·SY*CHE*
LIODAIDI·LIB·X·(X)CA
S·X·(X)·EVROTAE.LIB·X·
TIARIVS·RATIONEM·*REDDIDERIT·LIBER·ESTO*
TIONE·REDDITA·PHO
IO·SCRIPTO·LIBERVM·*ESSE·IVSSI*·
SIMAE·NOMINE·EI
BEROS·ESSE·IVSSI·EO·
·COMMITTO·X·QVIS
CEDANT·SINE·VLLA·*CONTROVERSIA*
·X·V·ET·HOC·AMPLIV*S·DARI·VOLO*
M·MANVMISSA
CVM·ORNATO

Anmerkungen.

Dieses Bruchstück eines alten römischen Testaments ist meines Wissens die älteste Urkunde dieser Art, welche wir besitzen. Der Marmor, worauf sie sich befindet, ist im Jahr 1820 an der Via Appia, in der Vigna Santi Ammendola an einem Ort gefunden, welcher nach unzweideutigen Spuren einer von den sehr wenigen altrömischen Todtenäckern war. Was davon in zwei zusammenpassenden Stücken gefunden worden, ist 4 1/2 Palmen hoch; die Schrift klein, aber wohlgebildet. Die ganze Tafel, deren Größe ansehnlich gewesen seyn muß, ist von oben herab in mehrere Stücke gespalten worden: ein schmales, worauf sich der Anfang der Zeilen befand, und dasjenige oder die, wo ihr Schluß stand, sind verloren. Möchten sie sich noch irgendwo finden! Das hier abgedruckte hat der bekannte Advocat Carlo Fea 1820 zuerst im Diario di Roma und dann in den Varietà di Notizie etc. herausgegeben. Er hatte schon dort bemerklich gemacht, daß Proculus erwähnt werde, also das Stück in die Zeit von Nerva und Trajan falle. Herr Geh. StaatsR. Niebuhr machte ihn nachher aufmerksam, daß Plinius und Tacitus darin vorkommen: eine Bemerkung, worauf er bei dem zweiten vollständigeren Abdruck hindeutet.

Ich glaube daß die Bekanntmachung eines so interessanten Documents in Deutschland willkommen seyn wird. Die Ergänzungen, welche ich in den nachstehenden Anmerkungen vorlege, sind großentheils entstanden indem die Inschrift einen philologischen Historiker, welchem ich deren Mittheilung verdanke, gemeinschaftlich mit mir beschäftigte.

Testamentum... Dasumii) der Name des Testators ist abgeschlagen, sein Gentilennamen ist wahrscheinlich Dasumius gewesen: denn Zeile 34 wird eine Liberta des Testators Dasumia Syche genannt. Daß diese eine Liberta sey, ist daraus zu folgern, daß sie Nutrix war, die Nutrices aber wurden aus den Sclavinnen genommen, und von guten Herrn später freigelassen: unter den Libertis kommt sie Z. 46 vor.

Z. 1. der Anfang des Testaments wird sich schwerlich auf sichere Weise ergänzen lassen, mit der Erbeseinsetzung scheint der Testator, wie es gewöhnlich geschah, nicht begonnen zu haben. Vielleicht fieng die Urkunde mit einem kurzen Vorwort an, ähnlicher Art wie es bei Suetonius im Leben von Tiberius Kap. 23. und in der L. ult. D. de hered. inst. sich findet, und dieses kann alsdann etwa so gelautet haben: *Cum sit* rectum praest*are amicis officia post fata, super re mea ita lego.* Dies stimmt auch mit der wahrscheinlichen Breite. (vgl. Anmerk. zu Z. 4. u. 5.).

Von Z. 2 — 12 folgen die Erbeseinsetzungen und Substitutionen.

Z. 2. u. 3. Nach amicus rarissimus stand der Name des Erben mit der Titulatur vir clarissimus oder dergl., deren damaliger Gebrauch aus Plinius Briefen erhellt.

*Haeres esto si se nome*n meum laturum *promiserit*) Die einzige Formel einer heredis institutio sub conditione nominis ferendi, welche bekannt ist. Die Erbeseinsetzung unter dieser Bedingung und die adoptio per testamentum halte ich mit Hugo[1]) für verschieden. Dirksen[2]) ist anderer Meinung über diesen Punct. Ich kann mich hier nicht auf diese Controverse einlassen, nur das muß ich gegen Dirksen bemerken, daß mir Diocassius[3]) im vorliegenden Falle nicht von dem Ge-

---

1) Geschichte des R. R. bis auf Just. Zehnte Aufl. S. 448. N. 2.
2) Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R. S. 73.
3) Lib. 44. c. 35.

wicht scheint, welches Dirksen auf ihn legt, denn, wenn ich den Geschichtschreiber recht verstehe, so hat er diesmal die Quelle aus der er schöpfte, nicht genau gelesen, er sagt vom Testament des Cäsar: Μαθὼν ὁ δῆμος ὅτι τόν τε Ὀκταούϊον υἱὸν πεποίηται καὶ τὸν Ἀντώνιον τόν τε Δέκιμον, καί τινας ἄλλους τῶν σφαγέων ἐπιτρόπους αὐτοῦ. August war zu dieser Zeit aber schon achtzehn Jahr alt, mithin konnte von Tutoren für August nicht mehr die Rede seyn. Sueton spricht auch von Tutoren, welche Cäsar im Testament ernannt habe, aber von Tutoren für seine Postumi. Am Schluß von Z. 3. stand gewiß *mearum*.

Z. 4. u. 5. Wenn nicht zwischen den Worten *ex uncia* und *-imis quibus* noch eine zweite Erbeseinsetzung gestanden hat, welches mir aber sehr unwahrscheinlich ist, so halte ich meine Ergänzung für ganz sicher, und was mir ausserdem noch von Wichtigkeit scheint, wir erfahren hierdurch die Breite, welche das ganze Testament hatte. Ueber die Formeln vergl. Gajus Lib. II. §. 165.

Z. 6. -entissima) Hier möchte ich *pientissima* ergänzen, nicht minder Wahrscheinlichkeit hat *pudentissima*. Nach *heres esto* muß, wie der Raum zeigt, gleich ein anderer Name gestanden haben, dessen oder derjenigen, welche mit der -lia Serviani zu gleichen Theilen erben sollte, und es ist also in Z. 7. zu restituiren -lia Serviani ex . . . *mihi heredes sunto*.

Z. 7. -lia Serviani) Ohne Zweifel ist dies der Servianus, welcher dreimal Consul war, zweimal unter der Regierung von Trajan, einmal als College von Suranus. Hadrian zwang den Servianus zu sterben, damit er ihn nicht überleben, und, wie Hadrian sich dachte, die Kaiserwürde erreichen möchte 4). Es ist dies wohl auch derselbe Servianus, an den wir bei Plinius 5) zwei Briefe

4) *Spart.* in vita Hadr.

5) lib.. 3. ep. 17., lib. 6. ep. 26.

gerichtet finden. Die Herausgeber dieses Schriftstellers sind im Zweifel ob sie *Severianus*, oder *Servianus*, oder *Ervianus* schreiben sollen, dieser Zweifel scheint mir durch unsere Urkunde gänzlich gehoben. -lia) die weggebrochenen Buchstaben bildeten mit lia einen Namen, und zwar den der Frau des *Servianus*, denn mit dieser Zusammensetzung wurde die Uxor bezeichnet. Die Tochter des Servianus kann hier nicht eingesetzt gewesen seyn, sonst müßte es heißen -lia Serviani *filia*. Aus Spartian[6]) wissen wir aber, daß die Frau des Servianus Paulina genannt wurde, wenn nun gleich auch die Schwester Hadrians im gemeinen Leben nach ihrer Mutter Paulina geheißen hat, so muß ihr Name doch wohl Ae*lia* Paulina gewesen seyn.

Von Z. 13 — 29 folgt die Auferlegung von Legaten und zwar sämmtlich in der Form des Legatum per Damnationem.

Z. 14. Vor Auri stand wohl die Zahlenbestimmung, etwa *binas*

Z. 16. *Plinio* Secundo Cornelio *Tacito*) Manche, welche hier Plinius und Tacitus nebeneinander genannt erblicken, werden sich folgender Stelle aus des Erstern Briefen [7]) erinnern: «Narrabat (sc. Tacitus) sedisse secum Circensibus proximis equitem romanum: hunc post varios eruditosque sermones requisisse, Italicus es, an Provincialis? se respondisse, Nosti me, et quidem ex studiis. Ad hoc illum, Tacitus es, an Plinius? Exprimere non possum, quam sit jucundum mihi quod nomina nostra, quasi litterarum propria, non hominum litteris redduntur. Quod uterque nostrum his etiam ex studiis notus, quibus alterignotus est.

Z. 18. *M*inicio Justo) In den Ausgaben von Plinius Briefen ist die gewöhnliche Lesart *Minucius Fuscus* [8]). Corte

6) *Spart.* Hadr. c. 1.
7) Lib. 9. ep. 23.
8) Lib. 7. ep. 11.

liest ex Mediceo libro *Minicius Iustus.* Schäfer hat diese Lesart nicht in den Text aufgenommen; Titze stimmt Corte bei, da dessen Lesart sich auch in einem Prager Codex findet. Unsere Urkunde, glaube ich, zeigt daß Corte mit Recht die gewöhnliche Lesart corrigirt hat. Der zwölfte Brief desselben Buches ist demnach auch *Plinius Minicio suo* zu überschreiben.

Z. 19. Der sechste Brief des Plinius im zweiten Buch ist überschrieben *Plinius Avito suo.* Maria Catanäus vermuthet, daß dieser Avitus der Julius Avitus oder der Junius Avitus sey. Des letzteren, also des unserigen, Tod, betrauert Plinius in einem Brief an Marcellinus [9]) in welchem auch eine kurze Lebensgeschichte dieses Mannes gegeben ist. Wüßten wir die Zeit des Todes von Avitus, so würden wir dadurch in Stand gesetzt das Datum des Testamentes näher angeben zu können.

Pont. Lalliano.) Es muß Pont. Laelianus gelesen werden. Die Inschrift eines Monumentes zu Ehren eines seiner Nachkommen gesetzt, findet sich bei Gruter. im corp. inscript. p. 457. 2. wo aber für L. Aetiano zu lesen ist *Laeliano.* Man vergl. *Marini,* gli atti et monumenti de' frat. arv. P. II. p. 792. not. 17. Desselben Pontius Lälianus wird im Fronto [10]) gedacht. An unseren Pontius finden sich mehrere Briefe bei Plinius; und so giebt das Testament wieder einen kleinen Beytrag zur Erklärung dieses Autors; denn bis jetzt war den Erklärern Pontius eine ganz unbekannte Person. Catanäus zum Plinius citirt bey dieser Gelegenheit zwei Stellen aus den Digesten. L. 7. §. 5. D. de accusat. (die Lesart des Cod. Rehdiger. Pontio *Proconsuli* für Pontio *Proculo* scheint mir gar nicht ver-

9) lib. 8. ep. 32.
10) *Front.* epistul. cur. Angelo Maio. Rom. 1821. p. 183.
11) Lib. 4. ep. 29., lib. 6. ep. 5.

werflich) welche eines Pontius erwähnt, und die L. 40. D. de iure dot. ein Rescript von Divus Severus an einen Pontius *Lucrianus*, welches sehr leicht verschrieben seyn kann für Pont. *Laelianus*.

Z. 20. *Sem*pronio Crescenti) vergl. Gruter. corp. inscript. p. 707. 7. wo ein Sempronius Crescens genannt wird.

Tullio Varroni) vergl. Gruter. corp. inscript. p. 437. 4.

Sat*rio Rufo*) gewiß war hier Satrius Rufus dem Redner, aus Plinius Zeit legirt.

Z. 21. — o Nepoti) ich schlage vor *Licinio* Nepoti. Lic. Nep. kommt zweymal in Plinius Briefen vor, und als Prätor wird er dort ein *acer et fortis vir* genannt.

Z. 22. *Minicio* Appuleio) über die Ergänzung vergl. Gruter. corp. inscript. p. 1097. 4.

Re*mmio Martiali*) So ist wohl mit ziemlicher Sicherheit zu restituiren, da so wenige Gentilennamen mit Re anfangen, und Remmius Martialis 111. p. Chr. Prätor war. vergl. Gruter. corp. inscript. p. 128. 5.

Z. 23. — ustio Acantho) vielleicht Apustio oder Venustio zu ergänzen.

Fabio Rustico) vergl. Grut. corp. inscript. p. 437. 4.

Z. 24. — coa Chrisphoebo) die Stelle ist wohl verdorben, und es muß getrennt werden co Achris Phoebo, co ist vermuthlich Prisco zu ergänzen. In Achris ist in den ersten Buchstaben Corruption; gewiß ist, daß Phoebus und Servatus einen Gentilennamen hatten wie Z. 27. Iuliis.

Z. 25. *Sempronio Pro*culo) oculo ist ohne Zweifel Proculo zu ergänzen. Ich glaube wegen L. 47. D. de leg. 2., daß Proculus *Sempronius* geheißen hat. Zimmern[12]) welcher diesen Punkt einmal wieder zur Sprache gebracht hat, ist der Meinung, der Jurist habe Licinius geheißen. In der L. 47. it. hält er den Sempronius Proculus für den Anfragenden,

---

12) Geschichte des R. Privatr. B. 1. Abth. 1. S. 316.

welcher an den Juristen Proculus seinen Enkel schreibe, der Jurist selbst spricht ihm erst mit den Worten Proculus respondit. Dieser Erklärung steht entgegen, daß es unrömisch ist zu schreiben, Sempronius Proculus seinem Enkel (nepoti), dann die Wendung mit quaeris. Am natürlichsten erklärt sich die Stelle auf folgende Weise: Sempronius Proculus entbietet seinen Gruß dem Nepos (als Name vielleicht unser Licinius Nepos.) Alsdann wiederholt der Jurist den ihm vorgelegten Rechtsfall, und mit der Wendung quaeris die in einem Schreiben des Nepos aufgestellte Frage. Darauf antwortet nun Proculus. Eine Anfrage selbst, wie sie in L. 48. eod. allerdings vorkömmt, fehlt also hier ganz.

Von Zeile 29. bis zu Ende folgt die Auferlegung von Fideicommissen und Freilassung von Sklaven.

Z. 30 u. 31. — er consecr.) vielleicht ea propter zu ergänzen.

*sub inscrip*tione nom.) Eine Restitution, welche keinen Zweifel leidet.

Z. 32. fiant *ejus eorumque arbitratu*) eine höchst wahrscheinliche Vermuthung.

Z. 34. Entweder war der Inhalt der Worte, welche hier weggefallen sind, eine Bezeichnung dessen was der Dasumia Syche gegeben werden sollte wie z. B. pecuniam, quae in arca *est*, oder *est* ist verschrieben für *et.*

Syche) ist statt Esyche, und dieses statt Hesyche.

Z. 35. venugumareum) dieses Wort muß verschrieben seyn. Ohngeachtet aller möglichen Bemühungen ist es mir nicht gelungen eine wahrscheinliche Herstellung des Textes geben zu können. Eine Vermuthung ist, daß statt piscatori — res oder rem zu lesen sey. Im ersten Fall wäre Venugum ein etwas verschriebener Name, nämlich Venustum, Areus, sey es Ἄρευς, sey es Ἄρειος, ist ein bekannter Name, und dann wäre vor elegerit in der Z. 36. quem eorum zu ergänzen.

Z. 38. philuram calculatoream). philura oder philyra

wurde gewiß auch wie das griechische *φίλυρα* in der Bedeutung von Tafel, Buch gebraucht, und phil. calcul. wäre alsdann ein Buch, welches der calculator geführt hätte. Die Verbindung, in welcher dieß hier gestanden haben kann, mag der ähnlich seyn in welcher ratio in l. 21. D. de stat. lib. vorkömmt.

Z. 40. *rat*ionibus redditis cum con*tubernalibus liberos esse volo*. Statt conI ist conT zu lesen. Ueber die Formel in der versuchten Restitution vergl. L. 41. §. ult. D. de fideicommiss. libert.

Z. 42. Hier ist statt eI, eT zu lesen.

Z. 43. *o*mnem sumtuarium) über den substantivischen Gebrauch von sumtuarius vergl. Gruter. corp. inscript. p. 331. 2. p. 333. 5.

Z. 55. — ruant) vielleicht exstruant zu ergänzen.

sine ulla *controversia*) über diese Ergänzung vergl. L. 41. §. 11. D. de fideic. libert. L. 40. §. 2. D. de stat. liber.

Z. 56. hoc amplius *dari volo*) vergl. L. 30. D. de leg. 3. Bemerkenswerth ist, daß hier schon alle Legate in Silbergeld in Denarien, nicht mehr in Sestertien ausgedrückt sind.

Puggé.

Beytrag zur Lehre von der Compensation.

Von

Herrn Professor Bethmann-Hollweg in Berlin.

Durch Hasse's interessante Abhandlung über die Compensation und ihre Liquidität (in dem Archiv für die civilistische Praxis Bd. VII S. 145 — 207) hat diese Lehre so viel neues Licht gewonnen, daß es anmaßend scheinen könnte, dieselbe zum Gegenstand einer nochmaligen Untersuchung zu machen. Allein wenn ich zum Voraus erkläre, daß ich im Wesentlichen die in jenem Aufsatz aufgestellte Meinung theile, und daß es nur meine Absicht ist, sie durch neue Gründe zu befestigen, und in Theilen, die weniger im Plane des Verfassers lagen zu ergänzen, wenn derselbe endlich diesen Versuch der freundlichen Aufnahme in das Rheinische Museum würdig hält *), so hoffe ich jenem Vorwurfe wohl zu entgehn.

*) Ich habe mit Vergnügen die Aufnahme in unsre Zeitschrift veranlaßt, und werde, wenn es sein kann, dem Verfasser meine Erkenntlichkeit noch dadurch beweisen, daß ich in einem der folgenden Stücke einige Bemerkungen, namentlich über den Punkt des Retentionsrechts, hinzufüge, vielleicht auch noch eine kurze Uebersicht dessen worin wir einig und dessen worin wir streitig sind, folgen lasse. Hasse.

Was zuvörderst die **Bedingungen** der Compensation und insbesondre die **Liquidität** der **Gegenfordrung** betrifft, so bin ich darüber durchaus Hasse's Meinung; nahmentlich auch darin, daß hier unterschieden werden müsse, ob Fordrung und Gegenfordrung ex eadem causa, oder, wie Paulus sagt, ex causa dispari entspringen. Im ersten Fall ist Liquidität nicht unbedingt nothwendig; wohl im zweyten. Hasse beruft sich auf die Billigkeit im Allgemeinen und die präsumtive Absicht der Partheyen. Ich glaube, daß wir zu der letztern, wenn wirklich eadem causa ist, unsre Zuflucht nicht zu nehmen brauchen, und daß jenem Billigkeitsgrunde durch Zurückführung auf bekannte Rechtsgrundsätze größere Bestimmtheit gegeben werden könne.

Von der Compensation ist bekanntlich die Retention durch exceptio doli wesentlich verschieden und der Unterschied ist so einfach, daß er kaum der Berührung bedarf. Compensation ist Aufrechnung einander entgegenstehender Forderungen, die, weil sie auf fungible Sachen derselben Art gerichtet sind, als reine Quantitäten mit einander verglichen werden können. Retention ist das Zurückbehalten irgend eines Objekts einer Forderung, um dadurch den Gläubiger zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit zu nöthigen. Allein häufig werden beyde Rechte zusammentreffen, und das ist eben bey der Compensation ex eadem causa der Fall. Der Mandatar z. B. wenn er mit der actio mandati auf Rechnungsablage und Restitution belangt wird, kann nicht nur mit Gegenfordrungen aus der Geschäftsführung compensiren, sondern auch durch exceptio doli die in seinen Händen befindlichen Sachen oder Gelder so lange retiniren, bis der Dominus seiner Verbindlichkeit aus dem Mandat genügt hat. Denn allgemein ist bey zweyseitigen Obligationen derjenige in dolo, der die Erfüllung vom Andern fordert, seinerseits aber die Anerkennung der ihm aus demselben Grunde obliegenden Verbindlichkeit verweigert. Hieraus ergiebt sich nun ganz von selbst,

daß auch mit einer **illiquiden** Gegenforderung aus demselben Grunde compensirt werden könne. Der Kläger kann sich nicht über Unrecht beschweren, wenn seine Klage durch die illiquide Gegenfordrung aufgehalten wird, da der Beklagte ja vermöge jener exceptio doli oder retentionis, nicht eher zu erfüllen braucht, bis der Kläger der Gegenfordrung Genüge gethan hat, oder deren Ungrund ermittelt ist.

Im ältesten Recht, wo die Compensation regelmäßig nur bey Forderungen ex eadem causa vorkam, war daher Liquidität durchaus kein wesentliches Erforderniß derselben. Zweifel könnte dagegen erregen L. 3. D. de tutelae act. (*Pomp.*):

> Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori, procuratorive: arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit.

Allein entweder wir sagen (mit Hasse), es habe in dem Arbitrium Judicis gelegen, mit Rücksicht auf besondre Umstände ausnahmsweise die illiquide Gegenfordrung ad separatum zu verweisen, oder was ich vorziehen möchte, wir verstehen unter dem incertum nicht gewöhnliche Illiquidität, Mangel des vollständigen Beweises, sondern Ungewißheit der Gegenfordrung, die von zukünftigen Ereignissen abhängt; wie ja auch bey der Societät, beym Verkauf einer Erbschaft und in ähnlichen Fällen wegen der vielleicht künftig erst sich ergebenden Ansprüche Caution gegeben werden muß.

Ganz anders ist es bey Fordrung und Gegenfordrung aus verschiedenen Gründen. Der Beklagte, der aus Darlehn belangt wird, kann nicht behaupten, der Kläger sey in dolo, weil er ihm gleichfalls aus Darlehn oder aus Testament schuldig sey, und diese Schuld zu erfüllen sich weigere. Dem Römischen Recht wenigstens ist eine solche Erweiterung der exceptio doli fremd. Nur die Retention des Pfandgläubigers wegen andrer chirographarischer Fordrungen

ist darauf zurückzuführen, so wie die exceptio spolii in der Ausdehnung die ihr das Canonische Recht gegeben. Die Regel aber bleibt fest bestehen. Soll daher hier Compensation statt finden, so scheint es der Aequitas worauf diese ja ganz beruht, gemäß, sie nur dann zuzulassen, wenn die Gegenfordrung liquide ist, d. h. der Klage daraus keine unbillige Zögerung entsteht. Nur deshalb gewiß ist, wie auch Hasse annimmt, sobald im Römischen Recht die Compensation auf Fälle dieser Art ausgedehnt wurde (auf durchgreifende Weise zuerst durch das Rescript von Mark Aurel) Liquidität der Gegenfordrung als Bedingung der Compensation betrachtet worden.

Justinians Verfügung in L. ult. §. 1. C. de compens. enthält daher in dieser Beziehung nichts Neues, sondern geht nur dahin, bey der Ausdehnung der Compensation auf alle Klagen, das Erforderniß der Liquidität von Neuem einzuschärfen. Daß dieß indeß aber als Regel nur auf Fälle der Compensation ex causa dispari zu beschränken sey, hat schon Hasse richtig ausgeführt. Ja ich möchte noch weiter gehen, und behaupten, daß es bey der Compensation ex eadem causa niemals auf Liquidität der Gegenfordrung ankommen könne. Denn in diesen Fällen wird der Beklagte mit der exceptio compensationis immer die exceptio retentionis cumuliren können, und selbst wenn er dieß nicht ausdrücklich gethan hätte, müßte es angenommen werden, da es in unserm gemeinen Prozeß bey Einreden und Klagen nur auf die Anführung der Thatsachen und ein richtiges Petitum ankommt, die juristische Verbindung zwischen beyden vom Richter zu suppliren ist.

Was unter der Liquidität der Gegenfordrung zu verstehen sey, hat Hasse auf sehr genügende Weise dargethan. Ich glaube seine Ansicht durch folgenden Ausdruck richtig wieder zu geben. Die Liquidität ist nicht a b s o l u t, wie in manchen summarischen Prozeßarten, sondern r e l a t i v, mit

Rücksicht auf die Klage und deren Beweis zu bestimmen; denn es soll ja eben die Klage durch die Gegenforderung nicht unbillig aufgehalten werden. Dieß ist offenbar auch der allgemeine Gesichtspunkt in L. ult. C. de compens. obgleich Justinian hier nur den einen, allerdings bedenklichsten Fall erwähnt, daß noch am Ende des Prozesses eine illiquide Compensation vorgeschützt wird, wodurch also andre Fälle, wo die Billigkeit dasselbe fordert, keineswegs ausgeschlossen sind. Wenden wir jenes Prinzip auf unsern heutigen Prozeß an, so ergiebt sich folgendes Resultat.

Im ordentlichen Prozeß muß die Compensation, wie alle Einreden, bey der Einlassung vorgeschützt werden. Nur selten wird der Richter die Sache hier schon so vollständig übersehen, daß er die Compensation als Verzögerung veranlassend sofort zurückweisen könnte. Er wird weit besser thun zu gestatten, daß darüber in denselben Terminen mit der Klage verhandelt werde, wodurch dieser zunächst kein Verzug entsteht. Ist denn die Klage schon am Ende des ersten Verfahrens zum condemnatorischen Urtheil reif, die Gegenforderung aber bedarf einer weitern Untersuchung, so wird diese ad separatum verwiesen. Doch kann der Beklagte dieß dadurch verhindern, daß er sich zum direkten Gegenbeweis erbietet. Denn dieser muß ihm noch gestattet werden, selbst wenn der Kläger seine Klage durch anticipirten Beweis vollständig dargethan hat, und damit wird er dann auch den indirekten Gegenbeweis oder den Beweis seiner Gegenforderung verbinden können. Kommt es schon um der Klage willen zum Beweisverfahren, so kann auch der Beklagte verlangen, zum Beweis seiner Gegenforderung gelassen zu werden, die Klage müßte denn sofort zu liquidiren seyn z. B. durch fehlerfreye Urkunden, und die Gegenforderung viele Weiterungen z. B. durch umständlichen Zeugenbeweis, veranlassen, wo dann der Richter nach freyer Beurtheilung die Billigkeit berücksichtigen

muß, ohne daß ihm darüber allgemeine Regeln gegeben werden könnten.

Im summarischen z. B. dem Executivprozeß muß die Gegenfordrung ebenso liquide, oder liquidabel seyn, als die Klage. Daher denn auch die Compensation, die in der Executionsinstanz oder gegen die actio judicati opponirt werden soll, die höchste Liquidität voraussetzt. Denn dieß Executionsverfahren ist ja in der That nichts andres, als ein unbedingter Mandatsprozeß, wo der Grund der Klage durch eine öffentliche Urkunde sofort bewiesen ist.

Interessant ist hier noch die Vergleichung der Compensation mit der Wiederklage. Die Begriffe sind wieder leicht zu scheiden. Durch die Compensation wünscht der Beklagte, wie durch jede Einrede, nur Absolution, so weit Fordrung und Gegenfordrung sich decken. Durch die Wiederklage verlangt er die Condemnation des Klägers. Beyde kommen nur darin überein, daß eine der Klage fremde Sache in diesen Prozeß hereingezogen wird. Inwiefern muß nun die Wiederklage liquide seyn? Diese Frage ist praktisch um so wichtiger, da wenn bey der Wiederklage andre Grundsätze als bey der Compensation Statt finden, auf diesem Wege Justinians Vorschrift ganz umgangen werden könnte. Schon dieß führt also darauf, daß in der That dieselben Grundsätze dabey eintreten müssen.

Zuvörderst ist allgemein bekannt, daß die Wiederklage sich zu derselben Prozeßart eignen muß, in welcher die Klage verhandelt wird. Ist diese daher von der Liquidität der Klage abhängig, so muß ihr darin die Wiederklage gleich seyn. Ferner ist von den praktischen Schriftstellern anerkannt, daß im ordentlichen Prozeß z. B. am Ende des ersten Verfahrens die liquide Klage durch eine illiquide Wiederklage nicht aufgehalten werde. Der Beklagte wird condemnirt, und mit der Reconvention ad separatum

verwiesen [1]). Nur wenn beyde Klagen aus demselben Grunde entspringen, muß das Gegentheil angenommen werden, wenigstens dann wenn der Beklagte zugleich die exceptio retentionis vorgeschützt hat, oder diese vom Richter supplirt werden kann. Ein Fall dieser Art ist bey der hiesigen Facultät vorgekommen. Ein Zimmer- oder Mauermeister klagte auf Bezahlung der ausbedungnen Baugelder. Der Bauherr behauptete bedeutende Mängel des errichteten Hauses, und forderte reconveniendo Schadensersatz. Die Klage war ganz liquide; die Reconvention ganz illiquide. Es fragte sich, ob der Beklagte pure zu condemniren und die Reconvention ad separatum zu verweisen oder ob über die Klage nicht eher definitiv erkannt werden könne, bis auch die Wiederklage zum Urtheil reif sey. Darüber war kein Zweifel, daß wenn der Beklagte neben seiner Reconvention die exceptio non rite adimpleti contractus, d. h. die exceptio doli oder retentionis, wie wir sie früher allgemein bezeichnet, vorgeschützt habe, er nicht eher condemnirt werden könne, bis der Ungrund seiner Gegenfordrung ermittelt sey. Und dieß allein ist es worauf es nur hier ankommt. Getheilt waren die Stimmen nur darüber, ob diese exceptio doli für vorgeschützt angenommen werden könne, da der Beklagte sich nicht ausdrücklich auf diesen rechtlichen Zusammenhang berufen, wohl aber die Thatsachen vorgetragen, und um Absolution gebeten hatte. Und in der That wird es schwer seyn im Allgemeinen zu bestimmen, wie weit das Officium Judicis in Ergänzung unbestimmter und im Rechtspunkt unvollständiger Partheyvorträge nach gemeinem Recht geht.

Die Wirkung der Compensation hat Hasse mehr

---

1) *Brunnemann* Tr. de processu cap. 10. n. 19. Knorre Anleitung zum gerichtl. Prozeß II. 5. §. 12. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen Prozeßes §. 470. in fine.

gelegentlich berührt, als zum Hauptgegenstand seiner Abhandlung gemacht. Ich werde daher hier den Gang seiner Untersuchung verlassen, und nur in einzelnen Punkten mit ihm zusammentreffen, in einigen auch von ihm abweichen.

Die praktisch wichtigste Frage bleibt hier immer die: **hat Justinian durch das** ipso jure in L. ult. C. de. compens. **die Wirkung der Compensation geändert, und wie hat er sie neu bestimmt?**

Vor Allem wird es nöthig seyn, an die allgemeinen Begriffe von ipso jure, per exceptionem, und was damit zusammenhängt zu erinnern. Bekanntlich haben die Worte *ipso jure* sehr vielerley Bedeutungen, von welchen indeß nur zwey hieher gehören. Erstens bezeichnet es den Eintritt einer juristischen Thatsache ohne Zuthun eines Menschen, von selbst, bloß bedingt durch allgemeine Rechtsgrundsätze und gewisse Umstände, und es wird ihm dann dasjenige entgegengesetzt, was erst durch die Handlung einer Parthey, einer Obrigkeit u. s. w. zu Stande kommt [2]. Zweytens ist es der Gegensatz von *per exceptionem*, und diese Ausdrücke bezeichnen dann eine verschiedne Art der Ungültigkeit von Rechtsverhältnissen, worüber nun noch näher zu sprechen ist.

Die Existenz eines Rechtsverhältnisses ist im Allgemeinen etwas ideales d. h. auf juristischen Vorstellungen oder Ansichten beruhendes, und ebenso die Nichtexistenz desselben oder sein Untergang. Allein so wie überhaupt in der Jurisprudenz das Symbolische nicht entbehrt werden kann, wie es sich in bildlichen Handlungen und Ausdrücken zeigt, so ist es der Natur gemäß, Rechtsverhältnisse in Rücksicht ihres Daseyns gerade so zu behandeln, wie Dinge der Sinnenwelt. In diesem Sinne liegt Etwas Bildliches zum Grunde, wenn wir sagen, daß Rechte **entstehen**, **begründet**,

---

2) s. Hasse a. a. O. S. 156.

erzeugt werden, daß sie existiren, während man mit Gajus sagen könnte: non sunt, sed intelligantur. Und ebenso verhält es sich mit dem Nichtdaseyn eines Rechtsverhältnisses. Wir leugnen seine Existenz, wenn die Bedingungen seiner Entstehung niemals vorhanden waren, oder wenn Umstände eingetreten sind, unter welchem es nicht fortbestehen konnte, gerade so, wie wir sagen, daß irgend eine physische Thatsache oder ein Zustand existire oder nicht existire. Das ist offenbar die einfachste Art der Ungültigkeit eines Rechtsverhältnisses, wenn wir, wie von Etwas Physischem behaupten, daß es gar nicht da sey, daß es absolut nicht existire, und dieß nennen wir dann Nullität *ipso jure*.

Mit dieser einfachsten Ansicht reichen wir aber in einem etwas verwickelteren Rechtszustande nicht aus. Häufig muß das Daseyn eines Rechtsverhältnisses an sich anerkannt, nur die Wirksamkeit in einer bestimmten Beziehung muß ihm abgesprochen werden. Es wird dann in dieser Rücksicht als nicht vorhanden fingirt, so behandelt als wenn es nicht existirte. Dieß ist nahmentlich dann der Fall, wenn Rechte, ohne sich vollständig aufzuheben, in gewissen Beziehungen mit einander collidiren z. B. Eigenthum und jus in re. Der Eigenthümer der Sache hat dadurch nicht aufgehört es zu seyn, daß er einem Andern den Ususfructus an seiner Sache gab. Allein beyde können sie die Sache nicht besitzen und gebrauchen, und der Usufructuar hat mit seinem beschränkten dinglichen Rechte darin den Vorzug. Macht daher der Eigenthümer Anspruch auf den Besitz der Sache, so wird der Usufructuar sein Eigenthum zwar zugeben, aber behaupten, daß er es gegen ihn nicht ausüben, von ihm den Besitz nicht fordern könne; der Ususfructus gebe ihm das Recht in Beziehung auf Besitz und Genuß der Sache den Eigenthümer so zu behandeln, als wäre er nicht Eigenthümer, während dieser gegen Dritte sein Eigenthum ungehindert auszuüben berechtigt ist.

Dieß ist **Ungültigkeit** oder **Unwirksamkeit** eines Rechts *per exceptionem*, eine Form die in keinem einigermaßen ausgebildeten Rechte entbehrt werden kann, weil der Begriff und Umfang eines Rechts unmöglich mit Berücksichtigung aller der Fälle, in denen es eine Beschränkung erfahren muß, bestimmt werden kann, also immer solche Ausnahmfälle eintreten werden, in welchen man durch eine Fiction helfen muß. In dem Römischen Recht ist diese Form prozessualisch eigenthümlich ausgebildet worden, und hat dadurch eine besondere Bedeutung erhalten, daß der Prätor sich vorzugsweise derselben bediente, um die freyere Rechtsansicht der spätern Zeit (aequitas) gegen das alte strenge Recht (strictum jus) zu schützen. Wenn nun gleich gewisse Fälle der Nullität ipso jure der wahren exceptio schon im spätern Römischen Recht und noch mehr heutzutage prozessualisch näher getreten sind, (was uns hier weiter nicht interessirt), so ist doch der materielle Gegensatz derselbe geblieben, und kann nicht übersehen werden, ohne daß wir selbst in praktische Irrthümer gerathen. Er zeigt sich, um es hier nur kurz anzudeuten, hauptsächlich in Folgendem.

Die exceptio ist ein selbständiges Recht obligatorischer Natur, also einer bestimmten Person zustehend, gegen eine andere Person gerichtet, wodurch das der Klage zum Grund liegende Recht nur in gewissen Beziehungen und in größerem oder geringerm Umfang unwirksam gemacht wird, wenn der Beklagte die Einrede gebraucht. Denn es hängt von seiner Willkühr ab, sich auch nicht darauf zu berufen, wo dann der Richter sie auch nicht berücksichtigen kann.

Die Nullität hingegen ist kein Recht des Beklagten, oder sonst einer bestimmten Person, sondern bezeichnet das absolute Nichtvorhandenseyn des Rechts des Klägers, wirkt daher nach allen Seiten; jeder, der dabey interessirt ist, kann sich darauf berufen; das Rechtsverhältniß, welches gar nicht existirt, kann auch in keiner Beziehung wirksam seyn; und der Richter

muß die Nullität beachten, wenn ihm nur die Thatsachen vorliegen, worauf sie beruht.

Vergleichen wir endlich noch diesen Gegensatz mit dem Zuerstbenannten, so ist klar, daß sowohl die Nullität, als die Unwirksamkeit per exceptionem, entweder in jenem andern Sinne ipso jure, von selbst eintreten, oder durch die Handlung einer Parthey oder des Richters bedingt seyn kann [3]). Insbesondere darf die exceptio nicht verwechselt werden mit dem Fall, wo das Recht des Klägers durch eine Handlung des Beklagten vollständig zerstört wird. Beyde Fälle haben nehmlich das mit einander gemein, daß die Unwirksamkeit des Rechts des Klägers, von der Willkühr des Beklagten abhängt. Indeß noch auf wesentlich verschiedene Weise. Im zweyten Fall besteht das Recht des Klägers in seiner vollen Kraft bis zu dem Augenblick, wo es durch die Willenshandlung des Beklagten vollständig zerstört wird. Im Fall der exceptio aber wird man in den meisten Fällen von dem Augenblick an, wo die Bedingungen der Einrede vorhanden sind, sagen können, das Recht des Klägers sey per exceptionem durch Fiction ungültig, obgleich es noch von der Willkühr des Beklagten abhängt ob er sich auf diese Fiction berufen will.

Wir wollen nun diese allgemeinen Begriffe auf die Compensation anwenden, und zuerst untersuchen, welche Ansichten dabey möglich sind, und welches die natürlichere sey; dann erst sehen welcher Ansicht die Römer hier gefolgt sind.

---

3) Die Nullität ipso jure tritt z. B. ipso jure im zweyten Sinne ein, bey der confusio; nicht ipso jure in diesem Sinne, bey der acceptilatio und solutio. Die Ungültigkeit per exceptionem findet meistens ipso jure in diesem Sinne Statt, d. h. ist nicht bedingt durch Handlungen der Parthey oder des Richters. Eine Ausnahme bildet der Fall, wo sie auf einer in integrum restitutio beruht.

Die Compensation oder Aufrechnung einander entgegenstehender Forderungen kann zuvörderst durch Vertrag der Partheyen geschehen. Die Neuern nennen dieß compensatio voluntaria. Auch die Römer gebrauchen dabey den Ausdruck pensare, compensare [4]). In der That ist dieß aber nichts anders als eine abgekürzte Zahlung [5]), und daß hierdurch, wie durch solutio, die Forderungen ipso jure getilgt werden, bedarf keines Beweises. Wir haben es aber hier nur mit der Compensation zu thun, die der Schuldner auch gegen den Willen des Gläubigers geltend macht. Deren Wirksamkeit läßt sich auf dreyfache Weise denken.

1) Die Compensation hebt die beyden Obligationen ipso jure auf, in beyderley Sinne d. h. durch das bloße Vorhandenseyn von Fordrung und Gegenfordrung sind sie, in soweit sie sich decken, vollständig getilgt, wie durch confusio. Der Untergang der Obligation muß dann auch in dem Augenblick sich ereignen, wo die beyden Fordrungen in dieß Verhältniß zu einander getreten sind, und die Ungültigkeit ist eine vollständige und wirkt nach allen Seiten. Auch hängt es nicht von der Willkühr des Schuldners ab, seine Gegenfordrung durch Compensation oder auf andre Weise geltend zu machen, denn auch sie ist gar nicht mehr vorhanden.

2) Es läßt sich denken, daß ein positives Recht dem Schuldner das Recht giebt, was bey der compensatio voluntaria durch Uebereinkunft geschieht, durch einseitige Willenserklärung zu bewirken, so daß er den Gläubiger durch Abrechnung gewissermaßen bezahlt. Hierdurch wird dann auch die Fordrung ipso jure, d. h. stricto jure, wie durch Zahlung getilgt seyn, aber nicht ipso jure im zweyten Sinne, nicht

4) Vgl. z. B. L. 76. D. de V. S. L. 4. D. qui pot.

5) So wird ja auch durch abgekürzte Zahlung eine Obligation contrahirt. S. L. 4. pr. L. 9. §. 9. L. 10. L. 11. pr. L. 15. D. de reb. cred.

von selbst, sondern durch den Willen des Schuldners, also auch erst von dem Augenblick an, wo dieser seinen Willen erklärt hat.

3) Die beyden Fordrungen heben sich zwar ipso jure in dem Sinne auf, daß das bloße Vorhandenseyn derselben genügt, keine Handlung des Schuldners, keine Uebereinkunft beyder Partheyen erforderlich ist; allein nicht nach strenger Rechtsansicht, nicht ipso jure wie durch confusio, sondern nur zufolge einer Fiction, per exceptionem. Auch hier wird es dann von der Willkühr des Schuldners abhängen seine Gegenfordrung durch Compensation oder auf andre Weise geltend zu machen; aber wenn er jenes thut, so wird die Fiction, die der Einrede zum Grunde liegt, zurückbezogen werden müssen auf den Zeitpunkt, wo die Fordrungen zuerst einander entgegen standen. Es wird ferner in diesem Fall die Ungültigkeit keine absolute, nach allen Seiten wirkende seyn können, sondern nur dieser Schuldner wird die exceptio compensationis haben, nur diesem bestimmten Gläubiger wird sie opponirt werden können.

Fragen wir nun zuvörderst, welche dieser drey Ansichten die natürlichere sey, so werden wir wohl nicht anstehen können, uns sofort für die letztere zu entscheiden. Nach dem strictum jus zerstören zwey von einander unabhängige Fordrungen sich nicht, wenn sie auch einander entgegenstehen und als reine Quantitäten mit einander verglichen werden können, wie z. B. die Obligation untergehen muß, wenn Fordrung und Verbindlichkeit in derselben Person zusammenfällt. Es ist offenbar ein Grundsatz der Aequitas, daß die beyden Fordrungen mit einander in Verbindung gesetzt, als collidirend gedacht, und, soweit sie sich decken als nicht vorhanden fingirt werden. Dieß aber ist das Wesen der exceptio.

Schon diese allgemeinen Betrachtungen werden uns daher geneigt machen, auch in dem Römischen Recht zu suchen, was wir der Natur der Sache gemäß gefunden haben. Und

in der That läßt sich aus den einzelnen, unter den Neuern allgemein anerkannten praktischen Sätzen auf das strengste beweisen, daß nach dem neuesten Römischen Recht die Compensation nicht ipso jure sondern per exceptionem wirke, wobey indessen noch unentschieden bleibt, was Justinian mit dem ipso jure in L. ult. C. de compens. wolle. Dieser Beweis ist nun zu führen.

1) Die Compensation wirkt nicht absolut, nicht nach allen Seiten hin, sondern nach der Natur der exceptio nur zu Gunsten desjenigen dem die Gegenfordrung zusteht [6]) und zum Nachtheil desjenigen, gegen den sie gerichtet ist. Einer von mehreren correis debendi kann nur mit der eignen Gegenfordrung compensiren, nicht mit der seines Mitschuldners, er müsste denn Socius oder Bürge seyn [7]), denen ja auch andre Einreden gemeinschaftlich sind [8]). Dasselbe muß umgekehrt auch für mehrere correi credendi gelten.

2) Die Wirksamkeit der Compensation hängt von der Willkühr des Schuldners ab. Er muß sich darauf berufen, damit der Richter sie beachtet, und wenn er es nicht will, so behält er doch seine Gegenfordrung, und kann sie durch Klage verfolgen [9]). Daher steht es auch in seiner Wahl,

---

6) L. 9. C. de compens. Ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. cf. L. 18. §. 1 L. 16 pr. D. eod.

7) L. 10. D. de duobus reis. *(Pap.)* Si duo rei promittendi socii non sint: non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Von Bürgen s. L. 4. L. 5. D. de compens.

8) Von Bürgen s. L. 19. D. de except. Von sociis L. 25. pr. D. de pactis L. 9. §. 1. D. de duobus reis.

9) L. 1. §. 4 D. de contr. tutelae act. *(Ulp.)* Praeterea si tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus utrum compensare an petere velit sumptus. Daß er, wenn er aus Irrthum die Compensation nicht vorschützt, selbst mit der condictio indebiti

mit welcher von mehrern Gegenfordrungen er compensiren will [10]. Dieß ließe sich zwar auch damit vereinigen, daß man die zweyte Wirkung annähme, und sagte der Schuldner bezahle durch Abrechnung. Allein dem widerspricht

3) daß die Compensation ipso jure in jenem andern Sinne wirkt, nehmlich von selbst, und daß von dem Augenblick an, wo die Fordrungen einander gegenüber standen, beyde als aufgehoben betrachtet werden [11]). Dieß würde freylich auch der Fall seyn, wenn die Compensation nicht per exceptionem sondern ipso jure wie confusio wirkte. Allein daß dieß nicht angenommen werden könne, ist im Vorherge-

---

klagen könne, entscheidet für keine von beyden Ansichten. Denn diese Klage findet nicht nur bey der ipso jure nichtigen Obligation, sondern auch bey einer per exceptionem ganz unwirksam gemachten Forderung Statt.

10) L. 13. L. 5. D. de compens.

11) L. 4. C. de compens. (*Alex.*) Si constat pecuniam invicem deberi: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. Die Worte *ipso jure* sind hier nicht dem per exceptionem entgegengesetzt, sondern heißen: von selbst, blos durch den allgemeinen Rechtssatz und die Collision der Fordrungen bedingt, ohne eine Handlung der Partheyen. Ebenso in L. 4. L. 10 pr. D. vgl. Hasse a. a. O. S. 157. folg. Die Worte *pro soluto* beweisen durchaus nichts für die Ansicht, daß die Compensation der Zahlung gleich wirke; vielmehr deutet gerade der Ausdruck: pro soluto haberi oportet auf die Fiction. Macht der Beklagte eine Gegenfordrung geltend, und es zeigt sich daß diese begründet sey, so muß nun die Fiction, nach welcher die Fordrungen sich aufheben, zurückbezogen werden auf den Zeitpunkt, wo sie sich einander zuerst gegenüberstanden. Die praktische Folge in Rücksicht der Zinsen s. noch in L. 5 C. eod. L. 11. 12 D. eod. L. 7. C. de solut.

henden gezeigt worden. Und so ist nun der Beweis geführt, daß wenn wir auf alle einzelnen unbestrittenen praktischen Sätze sehen, die Fordrungen durch Compensation nicht ipso jure sondern per exceptionem aufgehoben werden [12]).

Dem Bedürfniß der Praxis wäre denn schon hierdurch Genüge gethan, und wir könnten die Bedeutung von Justinians L. ult. C. de compens. dahin gestellt seyn lassen. Allein weil von daher doch noch Zweifel gegen unsre Ansicht erregt und selbst in die Praxis Verwirrung gebracht werden könnte, endlich, um den Fordrungen der Wissenschaft zu genügen, müssen wir noch darauf eingehn.

Zuvörderst bin ich darin ganz Hasse's Ansicht, daß diese Constitution hauptsächlich die Ausdehnung der Compensation auf actiones in rem wobey sie früher nicht galt zum Zweck hatte. Was Hasse und Andere dafür angeführt übergehe ich und mache nur noch darauf aufmerksam, daß auch der Zusammenhang der Institutionenstelle (§ 30 Inst. de act.) dafür spricht. Geht man nehmlich von der Ansicht aus, daß die Eintheilung der Klagen in actiones bonae fidei und stricti juris keine erschöpfende sey [13]) sondern sich nur auf die

---

12) Man könnte für diese Meinung auch noch das anführen, daß bey Gajus (Inst. III. §. 168 — 181) und in Justinians Institutionen (3, 29. quibus modis obligatio tollitur) wo in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen die Hauptfälle der Aufhebung ipso jure erwähnt werden, die Compensation nicht genannt sey. Allein theils ist die Aufzählung doch nicht vollständig, theils würde dieß noch immer kein stringenter Beweis für das neueste Römische Recht seyn, indem die Verfasser der Institutionen dem Beyspiel des Gajus hierin gefolgt seyn könnten, während der Grund der ihn bestimmte, für sie nicht mehr vorhanden war.

13) So wird sie auch im §. 28 Inst. de act. nicht angekündigt. Man vergleiche nur das omnium actionum summa divisio im §. 1 Inst. eod. mit dem quaedam — quaedam in dieser Stelle.

persönliche Klagen beziehen [14]), und auch diese nicht alle umfasse, so ergiebt sich für die Geschichte der Compensation und für unsre Stelle folgender Zusammenhang. Ursprünglich galt die Compensation nur in bonae fidei judiciis. Durch Mark Aurel wurde sie auf stricti juris judicia ausgedehnt. Bis jetzt galt sie also nur für persönliche Klagen, ja wie freylich nicht aus dieser Stelle aber aus andern Zeugnissen folgt, für alle persönliche Klagen [15]). Denn nachdem sie bey actiones stricti juris und ex causa dispari zugelassen wurde, war kein Grund mehr vorhanden sie bey irgend einer persönlichen Klage zu versagen. Welche Klagen blieben also noch übrig, wo Compensation nicht galt, und auf die Justinian sie ausdehnen konnte? Nur die actiones in rem. Daher er denn auch sagt: Er habe die Compensation auf alle Klagen ausgedehnt, ohne Unterschied ob sie in rem oder in personam seyen.

Allein läugnen läßt sich doch nicht, daß auch über die Wirkung der Compensation sowohl in der Stelle des Codex als in den Institutionen Etwas besonderes gesagt wird, und zwar durch die Worte: ipso jure. Es heißt in L. ult. C. de compens.:

> Compensationes ex omnibus actionibus *ipso jure* fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

und in den Institutionen tritt es durch den Gegensatz mit dem was im ältesten Recht und was seit Mark Aurel Statt

---

14) Dafür spricht auch was im §. 31 Inst. eod. von den actiones arbitrariae gesagt wird: Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur.

15) So galt sie nach L. 10 §. 2 D. de compens. bey Actiones ex maleficio auf welche die Eintheilung in bonae fidei und strict juris judicia sich wohl gar nicht bezog.

fand, noch bestimmter als Etwas Neues hervor. Es heißt in §. 30 Inst. de act.:

> In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat: eo compensato in reliquum is, cum quo actum, debeat condemnari.
>
> Sed in strictis judiciis ex rescripto Divi Marci, *opposita doli mali exceptione*, compensatio inducebatur. Sed nostra Constitutio — compensationes — latius introduxit: *ut actiones ipso jure minuant*, sive in rem sive in personam, sive alias quascunque etc.

Ich dächte jeder unbefangene Leser, müßte hier nicht nur den Gegensatz der verschiedenen Klagen, bey welchen die Compensation Statt fand, sondern auch die Gegensätze der verschiedenen Wirkungen herausfühlen: ursprünglich war die Compensation durch das Officium Judicis wirksam; später durch exceptio doli; jetzt ipso jure.

Daß nun Justinian der Compensation hierdurch eine ähnliche Wirkung beylegen wollte, wie der confusio oder solutio, ist unmöglich. Denn hiermit würden alle einzelnen Entscheidungen seines Gesetzbuchs im Widerspruch stehen.

Daß er damit bezeichnen wollte, die Compensation solle von selbst eintreten, ist mir deshalb unwahrscheinlich, weil dies Nichts neues gewesen wäre; dieß war von jeher so.

Wollen wir daher nicht annehmen, daß Justinian sich gar nichts bestimmtes darunter gedacht habe: so müssen wir einen andern Sinn suchen. Und zu diesem Ende wird es nöthig seyn, etwas in das ältere Recht zurückzugehen.

Gajus und die Justinianischen Institutionen berichten uns über die Wirkung der Compensation im alten Recht

Folgendes [16]). Ursprünglich sey die Compensation in bonae fidei judiciis, wo sie allein gegolten, *officio judicis* berücksichtigt worden. Nach dem Rescript von Mark Aurel habe man sie bey stricti juris Klagen durch *exceptio doli* geltend gemacht. In der That lag dieser Gegensatz mehr in der Form als im Wesen der Sache. Die Compensation beruhte auf Aequitas und konnte der Natur der Sache gemäß nur durch eine Einrede geltend gemacht werden. Dieß war immer die exceptio doli; da ja überall die Aequitas gegen das strictum jus schützte, und deren Anwendbarkeit auf diesen Fall noch durch die Regel vermittelt wurde: Dolo facit, qui petit quod redditurus est [17]). Bey stricti juris Klagen aber mußte sie ausdrücklich in die Formel eingerückt werden, während im bonae fidei judicium der Judex schon durch die allgemeine Hinweisung der Formel auf Aequitas autorisirt war, sie zu beachten. Dieß wird aber dadurch ausgedrückt, es liege in dem Officium, in der Potestas des Judex die Compensation zu beachten, d. h. er thue dieß ohne ausdrückliche Instruktion in der formula [18]). Und von der doli exceptio heißt es in demselben Sinn: bonae fidei judicio inest [19]). Die Compensation war also immer per exceptionem wirksam [20]). Doch war der Erfolg in beyden Fällen ein durchaus verschiedener.

Im bonae fidei judicium nehmlich war der Judex durch die Formel: Quidquid ob eam rem dare facere oportet ex

---

16) *Gaj.* IV. §. 63. 64. §. 30. Inst. de act.

17) L. 8. pr. D. de doli exc. L. 173. §. 3. D. de R. I. L. 44. §. 1. D. soluto matr.

18) Vgl. *Gaj.* l. c.

19) L. 21. D. soluto matr.

20) Für bonae fidei judicia ergiebt sich dieß insbesondre aus der oben Note 9. angeführten L. 1. §. 4. D. de tut. act.

fide bona, angewiesen, den Beklagten nur zu soviel zu condemniren, als der Aequitas gemäß sey. Schützte dieser daher Compensation vor, und bewies eine Gegenforderung, die die Höhe der Fordrung nicht erreichte, so condemnirte er den Beklagten zu dem Ueberschuß.

Bey der stricti juris Klage aber wurde, wenn der Beklagte sich auf Compensation berief, und der Kläger sie nicht gelten lassen wollte, die exceptio doli in die Formel gesetzt, welche dann z. B. bey der condictio certi aus Stipulation so lautete: Quod A. A. de N. N. X. stipulatus est, Si paret N. N. A. A. ob eam rem X. dare oportere, si in ea re nihil dolo malo A. A. factum sit, neque fiat, judex N. N. A. A. X. condemna, si non paret absolve [21]). Der Judex war hiernach nur befugt, entweder zu zehn, dem Gegenstand der Klage, zu condemniren, oder ganz zu absolviren. Bewies der Beklagte seine Gegenfordrung oder den Grund der exceptio doli nicht und die Fordrung war klar, so mußte er das erste thun; gelang hingegen dem Beklagten jener Beweis, das zweyte; zur Mindrung der Condemnation war er in keinem Fall berechtigt. Der Kläger verlor also die ganze Sache, selbst dann, wenn die Gegenfordrung die Höhe des Klagobjekts nicht erreichte. Dieß ist freylich auch die gewöhnliche Ansicht der Neuern über das ältere Recht, nur daß man diesen Erfolg auf das Princip der plus petitio zurückführt [22]), und dieß mit Unrecht. Denn durch plus

---

21) Für die Fassung der doli exceptio, worauf es nur hier allein ankommt, s. *Gaj.* IV. §. 119.

22) Vgl. Cujacius und Schulting zu *Paul.* II. 5. §. 3. Paulus sagt freylich: Si totum petas, plus petendo causa cadis. Allein der Westgothische Paulus ist ein dürftiges Excerpt, eine sehr unsichere Quelle für das ältere Recht. Und daß gerade hier durch Zusammenziehen der ursprüngliche Text cor-

petitio verlor der Kläger nur dann den Prozeß, wenn er in der intentio zuviel gefordert hatte [23]). Es ist vielmehr die natürliche Folge der exceptio doli, die, wenn sie begründet war, nur unvollständige Absolution zur Folge haben konnte [24]). Nur dieß ist allerdings richtig, daß von der Form abgesehen dieser Fall mit der plus petitio verwandt, und daß es demnach praktisch betrachtet consequent war, in beyden Fällen dasselbe eintreten zu lassen.

Eben um dieser innern Verwandtschaft willen bestand diese Wirkung der Compensation bey stricti juris Klagen in der spätern Zeit noch fort, als die Formeln und mit diesen der formelle Grund der Sache längst verschwunden war. Bestand doch noch die Strafe der plus petitio [25]); ganz consequent also auch noch dieser Grundsatz. K. Zeno änderte zuerst die Strafe der plus petitio *tempore* [26]); Justinian für die übrigen Fälle, so daß der Kläger nur das dreyfache der sportulae dem Beklagten erstatten, der Richter aber die

---

rumpirt sey, darauf deutet nicht nur die Kürze, in welcher die wichtige Lehre abgefertigt wird, sondern auch einiges Andre in dieser Stelle, wovon noch unten. Der Ausdruck der L. 4. D. de compens. (*Paul.*) cum totum peto a reo, male peto ist aber so allgemein, daß er sehr wohl darauf bezogen werden kann, daß der Kläger opposita doli mali exceptione sich auf das Judicium einließ, und dadurch den ganzen Prozeß verlor.

23) *Gaj.* IV. §. 53 sqq.

24) So bewirkte ja selbst jede dilatorische Einrede, wenn sie in die Formel eingerückt war, die Absolution des Beklagten ab actione. *Gaj.* IV. §. 123. 124. Plus petitio wird auch das hier noch nicht genannt. Vgl. §. 10. Inst. de except.

25) *Consultatio* 5.

26) §. 33. Inst. de act. §. 10. Inst. de except. L. 1. C. de pluspet. Vgl. *Cujac.* Obss. XII. 21.

Condemnation auf das geringere Objekt der Klage richten sollte [27]. Dasselbe mußte nun consequenterweise im Fall der Compensation bey stricti juris Klagen eintreten, wie es früher schon bei bonae fidei judiciis gegolten hatte; und dieß ist es, glaube ich, was Justinian in der *L. ult.* C. de compens. durch die Worte ipso iure, freylich sehr kurz und eben deshalb nicht recht scharf bezeichnet [28].

Die Worte ipso jure nehme ich hiernach allerdings als Gegensatz von per exceptionem. Es war Justinians Absicht die Compensation, die ihrer Natur nach per exceptionem wirkt, dem Fall, wo die Klage ihrem Grunde nach auf Weniger geht, gleich zu stellen. Nur nicht in jeder Beziehung, dieß wäre unmöglich, oder doch höchst unzweckmäßig gewesen. Nicht in materieller sondern in prozessualischer Hinsicht. Der Richter soll nicht mehr, wie es früher bey der exceptio doli in strictis judiciis geschah, den Beklagten, der eine Gegenfordrung compensationsweise vorgeschützt und sie bewiesen hat, ganz absolviren, sondern gerade so, wie wenn die Klage von vorne herein auf ein kleineres Objekt geht, und auf ein größeres angestellt ist, die Condemnation mindern; und dieß bey allen Klagen, ohne Unterschied der actiones stricti juris und bonae fidei.

---

27) §. 33. 24. Inst. de act. L. 2. C. de pluspet. Vgl. *Cujac.* l. c.

28) Vor diesem Gesetz hatte man jene Consequenz wohl noch nicht gezogen; es war also nicht überflüssig. Denn auch die Verfügung des K. Zeno über die pluspetitio tempore scheint sich ursprünglich nur auf den Fall einer ipso jure noch nicht begründeten Klage bezogen und Justinian erst sie auf den Fall der dilatorischen Einrede übertragen zu haben. Denn in §. 10. Inst. de exc. heißt es: Hodie autem non ita stricte haec procedere *volumus:* sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianae Constitutioni subjacere *censemus* etc.

Könnte die Kürze des Ausdrucks in *L. ult.* C. de compens. gegen diese Erklärung noch Zweifel erregen, so wird diese durch die authentische Interpretation dieses Gesetzes in den Institutionen beseitigt. Hier wird ausdrücklich des früheren Unterschiedes der actiones bonae fidei und stricti juris Erwähnung gethan, und gesagt, daß nach Justinians Verordnung die Compensation bey allen Klagen unter derselben Form statt finde. Diese Form wird denn im Gegensatz der exceptio doli sehr natürlich durch ipso jure bezeichnet, ja durch den Ausdruck: ut actiones *ipso jure minuant* noch bestimmter angedeutet, daß eine Minderung der Condemnation eintreten soll, gerade so, als wenn die Klage ipso iure auf weniger gienge.

Ich habe bisher zwey Fälle der Compensation, die im ältern Recht eine eigenthümliche Behandlung erfuhren, unberührt gelassen, kann sie aber nicht ganz mit Stillschweigen übergehen, weil sie für den im Obigen entwickelten allgemeinen Zusammenhang wichtig sind. Dieß ist die Compensation gegen die Klage des Argentarius und des *bonorum emptor* [29]. Ich beschränke mich indeß auf einige Bemerkungen in der angegebenen Beziehung, ohne in ein rechtshistorisches Detail einzugehen.

Die Compensation bey den Klagen des Argentarius, und die deductio gegen den bonorum emptor unterschieden sich von andern Fällen der Compensation hauptsächlich darin, daß der Kläger in der Fassung der Klage selbst, und zwar der intentio oder condemnatio, auf die Compensation Rücksicht nehmen, d. h. auf soviel weniger klagen mußte, als die Gegenforderung betrug. Hieraus könnte man schließen, daß in diesen Fällen die Compensation nicht per exceptionem,

---

29) Einzige Quelle ist *Gaj.* IV. §. 64—68. Vergl. auch hier Hasse a. a. O. S. 176 folg.

sondern ipso iure die Fordrung zerstört habe, wovon dann eine Ausnahme von der früher aus der Natur der Sache entwickelten Regel liegen würde. Daher ist gerade dieser Punkt näher zu untersuchen.

Die deductio gegen den *bonorum emptor* ist nichts anders als Compensation im Concursprozeß [30]), die nach der eigenthümlichen Römischen Verfahrungsart nur im Verhältniß zum bonorum emptor zur Sprache kommen konnte. Diesem wurde nehmlich die Masse gegen Meistgebot zugeschlagen, und er repräsentirte nun den Gemeinschuldner, wie ein Erbe. Seine Sache war es jetzt, alle Activa zu realisiren, und dagegen die Passiva nach den von ihm gebotenen Procenten zu berichtigen. War nun ein Concursgläubiger zugleich Schuldner der Masse, oder jetzt des bonorum emptor und dieser klagte gegen ihn, so konnte jener durch Compensation eine höhere oder selbst volle Befriedignng erlangen, während er durch Klage nur jene Procente erhalten haben würde. Im allgemeinen betrachtet liegt in diesem Verhältniß kein Grund, der Compensation eine höhere Wirkung (ipso jure) beyzulegen, und auch die Fassung der Formula spricht, näher besehen, mehr für das Gegentheil. Die intentio der Klage nehmlich ging auf das solidum; also war auch der Concursgläubiger ipso jure noch das Ganze schuldig [31]). Nur in der con-

30) Ich übersehe hierbey absichtlich, daß die Römische missio in possessionem bonorum und bonorum venditio in ihrer Bedeutung unserm heutigen Concursprozesse nicht ganz entspricht. Der Grund, weshalb gerade hier schon im alten Recht Compensation ohne alle Einschränkung zugelassen wurde s. bey Hasse a. a. O. S. 178 folg. und Schrader: Was gewinnt die Röm. Rechtsgesch. durch Gajus Inst. S. 20.

31) Nach dem strictum jus eigentlich dem Gemeinschuldner; dem bonorum emptor nur nach Praetorischer Fiction, die in seiner Klage noch auf doppelte Weise ausgedrückt seyn konnte. s. *Gaj.* IV. §. 35.

demnatio war der Judex angewiesen, mit Rücksicht auf die Gegenfordrung des Beklagten diesen zu weniger zu verurtheilen. Eine eigentliche exceptio war also hier nicht, die man damals überhaupt noch nicht bey der Compensation gebrauchte, Der Prätor wählte eine andre Form, durch welche der eigentliche Zweck leichter und vollständiger erreicht wurde. Sehen wir aber auf das wesentlich-materielle Verhältniß, so wurde doch die Compensation auch hier durch Einrede geltend gemacht. Der Beklagte mußte sie vorschützen [32]), und nur dadurch wurde der Kläger genöthigt cum deductione zu klagen [33]). Ohne Zweifel war auch dem Beklagten, wenn er dieß versäumt hatte, seine Fordrung nicht verloren. Er konnte gewiß von dem bonorum emptor noch immer jene Procente, und von dem Gemeinschuldner, wenn dieser zu Vermögen kam, das Ganze fordern.

Noch mehr Schein hat es, daß bey dem Argentarius die Compensation ipso jure eingetreten sey. Von den mancherlei Geschäftsverhältnissen, in welchen die Argentarien standen, gehörte ohne Zweifel nur Folgendes hierher, welches auch heutzutage bey Wechselhäusern nicht selten vorkommt. Capitalisten pflegten bedeutendere Summen baaren Geldes, um sie nicht im eignen Hause aufbewahren zu müssen, einem Argentarius unverzinslich oder gegen Zinsen anzuvertrauen, der dann alle ihre Geldgeschäfte besorgte d. h. alle baaren Zahlungen für sie machte und annahm. Dieß Verhältniß war so eigenthümlicher Art, daß man es nach allgemeinen Grundsätzen nicht behandeln zu dürfen glaubte. Der Prätor hatte deshalb eine eigne Formel aufgestellt, mit welcher der Argentarius gegen solche Personen klagte, vielleicht auch diese gegen ihn. Diese war nicht auf einzelne Ge-

---

32) Deductio *objicitur* bonorum emptori sagt Gajus §. 66.

33) *Gaj.* IV. 965. — *Debet* cum deductione agere bonorum emptor.

schäfte gerichtet, sondern das ganze Geschäftsverhältniß wurde dadurch in judicium deducirt, so daß nach Aufrechnung aller empfangenen und geleisteten Zahlungen, nur der Saldo des Contocurrents (der tabulae accepti et expensi) damit eingeklagt wurde. Die intentio lautete daher so: Si paret Titium ei X milia dare oportere amplius, quam ipse Titio debet; und wenn er mehr forderte, so verlor er durch plus petitio intentione die ganze Sache.

Der Form nach kam also auch hier keine exceptio vor. Allein dieß ist nicht entscheidend. Das materielle Verhältniß ist davon unabhängig, und dieses kann noch auf doppelte Weise gedacht werden. Entweder wir nehmen an, jede einzelne Zahlung begründet ein selbstständiges obligatorisches Verhältniß. Durch die Auszahlung einer Summe Geldes für den Geschäftsherrn wird der Argentarius dessen Gläubiger; und durch den Empfang einer andern Summe wird er dessen Schuldner; und es ist auch hier nur Fiction, diese beyden Schuldverhältnisse in Verbindung zu setzen, und sie als aufgehoben zu betrachten. Oder wir sagen: durch die von dem Argentarius geleistete Zahlung wird der Geschäftsherr sein Schuldner, und durch Annahme einer Zahlung für ihn, wird diese Schuld ipso jure wieder getilgt. Nur der Ueberschuß der von ihm geleisteten Baarzahlnngen ist also der eigentliche Inhalt seiner Fordrung und der Gegenstand seiner Klage. Nach der ersten Ansicht hätte auch hier die Compensation, zwar nicht der Form, aber dem Wesen nach, per exceptionem gewirkt. Nach der zweyten könnte man es kaum Compensation der Fordrung, sondern nur Ausgleichung der verschiednen Baarzahlungen nennen, und daß insoweit sich diese decken, ipso jure keine Obligation vorhanden sey, verstände sich von selbst.

Gewiß wäre auch diese zweyte Ansicht der Natur dieses Verhältnisses nicht unangemessen. Doch scheint mir die erste natürlicher und auch durch den Ausdruck bey Gajus mehr

begünstigt. Denn in den Worten (a. a. O. §. 64.): Ecce enim si sestertium X. milia debeat Titio, atque ei XX. debeat Titius, ita intendit: Si paret Titium sibi X. milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet, werden beyde Obligationen als vollständig existirend betrachtet, während sie, wenn die Compensation ipso jure einträte, bis zur concurrirenden Summe gar nicht mehr vorhanden seyn könnten [34]). Auf der andern Seite war aber, wie ich glaube die Wirkung dieser Compensation darin dem ipso jure ähnlich, daß es nicht von der Willkühr des Beklagten abhieng, seine Gegenforderung auf diese oder eine andre Weise geltend zu machen, daß er also eine Fordrung gegen den Argentarius, die er in diesem Judicium nicht beygebracht, nachher nicht mehr durch Klage verfolgen konnte. Denn es scheint mir in der Natur der Klage des Argentarius zu liegen, daß sie das ganze Geschäftsverhältniß umfaßte [35]). Und so war die nachherige Klage des Gegners durch die exceptio rei judicatae ausgeschlossen.

Hieraus dürfte vielleicht auch eine Pandektenstelle zu er-

---

34) Der Ausdruck: ab initio compensatione facta, minus intendit sibi dari oportere spricht auch nicht dagegen. Denn ab initio heißt nicht, gleich bey Entstehung der Forderungen, sondern sagt nur, daß die Compensation gleich zu Anfang des Processes in die Klagformel gesetzt werden mußte.

35) Wahrscheinlich durch eine allgemeine Demonstratio, die wir freylich nicht kennen. Doch liegt es auch in der intentio, die immer nur auf den Saldo gerichtet war. Daher heißt es bey *Gaj.* IV. §. 64. — *cogitur* cum compensatione agere (argentarius), cum compensatio verbis formulae comprehendatur. Und in §. 66. compensatio, quae argentario *interponitur*, nicht *opponitur*. Denn vom Prätor wird sie der Formel eingerückt, nicht vom Gegner entgegen gesetzt.

klären seyn, die sonst große Schwierigkeit hat. Es ist L. 21. D. de compens. aus *Paulus* lib. 1. Quaestionum:

> Posteaquam placuit inter omnes, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Der procurator absentis muß in der Regel cautio de rato geben, wenn er für den Abwesenden klagt, oder sonst etwas thut, was dieser widerrufen konnte, während diese Caution dem procurator praesentis und dem Cognitor erlassen wird [36]. Nach unsrer Stelle nun soll der Procurator des abwesenden Beklagten wegen der Compensation die Caution nicht geben, weil er nicht compensire, sondern von vornen herein weniger von ihm eingeklagt werde. Hierin scheint mir zweyerley zu liegen: 1) die Compensation hänge nicht von der Willkühr des Beklagten ab, 2) die Klage selbst werde auf weniger gerichtet. Beydes aber ist weder für die ordentliche Compensation des alten Rechts, noch für die des neuesten wahr, und doch soll es nach den Anfangsworten eine allgemeine Folge davon seyn, daß die Compensation unter Allen ipso jure statt finde. Ich halte daher die Anfangsworte für interpolirt und glaube daß die Stelle sich ursprünglich auf die Compensation der Argentarien bezog. Denn diese trat nach dem vorhin gesagten in dem Sinn ipso jure ein, daß die Klage gleich auf weniger gerichtet wurde, und daß es nicht von der Willkühr des Beklagten abhing die Gegenfordrung compensationsweise oder später durch Klage geltend zu machen. Daher denn der Procurator, der nur geschehen ließ, was auch der Beklagte selbst nicht hindern konnte, keine

36) *Fr. Vat.* §. 333. 317. §. 3. 4. J. de satisdat. *L. un* C. de satisdando.

Cautio de rato zu geben brauchte. Für das Justinianische Recht aber scheint mir die Stelle auch nach der Interpolation keinen gehörigen Sinn zu geben.

Ebenso halte ich auch die Stelle des Paulus sent. rec. II. 5. §. 3. für corrumpirt durch Weglassung. Denn die Worte: compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis, deuten sehr bestimmt auf die deductio und compensatio des alten Rechts, die der Kläger in die Klage einrücken muste, und deren Nichtbeachtung in dem einen Fall als plus petitio den Verlust des Prozesses für ihn zur Folge hatte.

Von
dem Verhältniß des Eigenthums zu den Servituten.

Kritische Bemerkungen zu G. A. W. Duroi's Abhandlung über actio in rem und jus in re.

Von
Herrn Professor Puchta in Erlangen.

Duroi hat in dem sechsten Band des Archivs für civilistische Praxis (1823) über die Lehre von den dinglichen Rechten eine neue, von der bisher herrschenden sehr verschiedene Ansicht gegeben, oder da er schon viele Jahre früher einen ähnlichen Versuch gemacht hat, weiter ausgeführt. Seiner Abhandlung hat es bisher weniger an allgemeinen Lobsprüchen, als an einer wirklichen Benützung gefehlt, und ich meine hier nicht allein die Art der Benützung, welche in der Aneignung des gegebenen besteht, sondern auch diejenige, welche durch die Bestreitung einer Meinung davon gemacht wird, sofern dieß nicht ohne Befestigung und bessere Begründung, also nicht ohne wesentlichen Vortheil der eigenen Meinung geschehen kann. Hier soll eine theilweise Kritik der duroi'schen Ansicht versucht, zu dem Ende aber mit einigen Bemerkungen über die Meinung, welche ich die herrschende nenne, begonnen werden, da auch darüber Zweifel möglich sind, und in der That auch manche Sätze, die in ihr liegen, gar nicht so herrschen, wie es zu wünschen wäre.

Wir finden in unserem Recht ein Rechtsverhältniß, welches in der vollkommenen Unterwerfung einer Sache unter den Willen einer Person besteht, und nennen dieß Eigenthum. Neben diesem und ihm gegenüber ist ein anderes Rechtsverhältniß besonders ausgezeichnet, die Obligatio, und zwar schon dem ersten Anblick nach dadurch, daß es ein Rechtsverhältniß zwischen mehreren Personen ist. Man kann ferner bemerken, daß es zwei äußere oder Vermögens-Gegenstände giebt, Sachen und Handlungen Anderer, nämlich als einzelne Kraftäußerungen, weil sie nur insofern etwas äußerliches sind. Die letzteren sind nun gerade der ausschließliche Gegenstand der Obligationenrechte, indem Sachen unmittelbar nicht Gegenstände derselben seyn können, und damit stimmt denn auch jener Umstand vollkommen überein, daß es Rechtverhältnisse zwischen gewissen Personen, persönliche Rechte sind. Eben so gilt dieß aber andererseits hinsichtlich der Sachen vom Eigenthum, dessen Gegenstand Handlungen nicht sind. — Unser Recht ist jedoch nicht bei der Art der Unterwerfung einer Sache stehen geblieben, welche Eigenthum heißt und ohne Zweifel die ursprünglichste ist, sondern es giebt Rechtsverhältnisse, welche denselben Gegenstand haben, und doch von jenem verschieden sind. Vergleicht man sie mit dem Eigenthum, so findet sich, daß sie, wie dieses in totaler, so in partialer Unterwerfung einer Sache bestehen, und deshalb erkennt man sie als losgetrennte Bestandtheile des Eigenthums, welche dadurch selbständig geworden sind, daß sie einer andern Person als dem Eigenthümer, als Jura in re aliena zustehen. Dadurch entsteht eine scheinbare äußerliche Aehnlichkeit mit der Obligatio; ja bey einigen läßt sichs genau nachweisen, daß man den Zweck, der durch sie erreicht werden soll, ursprünglich durch eine Obligatio zu erreichen suchte, und selbst nachdem jene Rechtsform entstanden ist, kann in einzelnen Fällen die Frage entstehen: ist das Recht, welches diese Person anspricht, auf eine Handlung der andern gerichtet, ein persön-

liches Recht, oder auf die Sache, welche die andere im Eigenthum hat?

Das Wesen der gewöhnlichen Theorie besteht also darin, daß es zwey Gegenstände des Vermögens giebt, Sachen und Handlungen. Die Unterwerfung der Sachen unter den Willen des Menschen (oder mit andern Worten: ein Recht an Sachen) kann eine totale und partiale seyn, von denen die letztere natürlich eine Beschränkung der ersteren ist; und ein solches Recht ist das Eigenthum, nämlich die totale Unterwerfung. Sie bringt also dieses Rechtsverhältniß unter den allgemeinen Begriff von dinglichen Rechten, welches nur ein anderer Ausdruck ist für: Rechte an Sachen, wie der: persönliche Rechte für Rechte an Handlungen. Wesentlich ist es für diese Theorie, daß sie nur zwey Gegenstände des Vermögens anerkennt. Wenn man, wie es wohl geschehen ist, Rechte für Gegenstände des Vermögens ansieht, und somit Rechte an Rechten annimmt, so verwechselt man die Gegenstände der Unterwerfung unter den Willen mit der Unterwerfung selbst, eine Verwechslung, welche sich gleich durch die unendliche Progression bestraft, in welche man sich dadurch verliert. Denn wenn Rechte nun auch als dem rechtlichen Willen unterworfen, als Gegenstand von Rechten betrachtet werden, so ist kein Grund vorhanden, warum man nicht diese Rechte an Rechten wieder als Gegenstand von Rechten betrachten sollte und so fort.

Es fehlt nun freilich viel, daß unsere Juristen dieses, was ich als das Wesen der gemeinen Meinung angegeben habe, festgehalten, und alle unwesentliche Eigenschaften der dinglichen Rechte, welche ihnen nicht eigenthümlich sind, ausgeschieden hätten. Die Streitigkeiten über die Anzahl der dinglichen Rechte, welche für den Begriff derselben eigentlich gleichgültig ist, sind theils durch die Unsicherheit der Vorstellungen von dem Wesen jener Rechte entstanden, theils haben sie auch umgekehrt zur Veränderung des Begriffes Anlaß gegeben,

indem dieser der beliebig aufgestellten Anzahl angepaßt werden mußte. Am einflußreichsten hat sich die Vergleichung der dinglichen und persönlichen Rechte mit den dinglichen und persönlichen Klagen erwiesen, durch welche bey Vielen die Ueberzeugung entstand, jene Eintheilung der Rechte und diese der Klagen falle ganz zusammen. Dieser Irrthum wurde sehr unterstützt durch die rechtsphilosophischen Systeme, welche von dem Begriffe des Rechts und der Verbindlichkeit ausgiengen. Man hatte sich dadurch so sehr an den naturrechtlichen, in dieser Allgemeinheit für das Civilrecht ganz unpraktischen Satz: jedem Recht entspreche eine Verbindlichkeit, gewöhnt, daß man auch hier, bey dem Gegensatz der dinglichen und persönlichen Rechte, jenes sichere, bestimmte Criterium von dem Gegenstande verließ, und dafür (begünstigt durch die oben bemerkte Eigenthümlichkeit der Obligationen) das Kennzeichen aufstellte, dingliches Recht sey ein Recht gegenüber allen Anderen, ihm entspreche eine negativ allgemeine Verbindlichkeit aller Coexistirenden, die nämlich, das Recht nicht zu verletzen, ebenso wie die dingliche Klage eine solche sey, für die nicht ein bestimmter Beklagter vorhanden. So kam man zu dem Satz, daß eine dingliche Klage auch ein dingliches Recht voraussetze, und da man sich zur actio in rem auch den Ausdruck jus in rem, und die beiden gleichlautenden Ausdrücke dingliche Klagen und dingliche Rechte geschaffen hatte, so war man damit nur um so fester in dieser Vorstellung eingerannt, durch welche das Wesen des dinglichen Rechts vollkommen verdunkelt und zerstört war. Vor dieser Verwechslung der Eintheilung der Vermögensrechte mit der der Klagen warnt schon der Umstand, daß alle Actiones, die in rem sowohl als die in personam, sofern man sie als Rechte betrachtet, Obligationenrechte sind.

Die Beantwortung der Frage, inwiefern die Theorie, wie sie vorhin näher bestimmt worden ist, im römischen Rechte gegründet sey, hängt mit der Prüfung der neuen Ansicht selbst,

welche diesen Aufsatz veranlaßt hat, und zu der nun übergegangen werden soll, zusammen. Doch muß schon hier in dieser Beziehung Folgendes bemerkt werden. Bey den Römern wird die Eintheilung der Vermögensrechte in dingliche und persönliche nirgends gemacht. Da wo man sie am ersten und vielleicht allein erwarten könnte, bey der Anordnung des Rechtssystems, kann sie nicht vorkommen, weil die uns bekannten römischen Systeme nicht die Rechtsverhältnisse zur Grundlage haben, sondern die äußere Erscheinung derselben, theils ihre Geltendmachung vor Gericht, theils ihre Entstehung. Daß aber der Begriff wirklich römisch sey, das muß sich aus dem Geist des ganzen Systems ergeben, und seine innige Verbindung, sein Zusammenhang mit dem übrigen Recht, im Ganzen und im Einzelnen, beweist dieß mehr als einzelne, nicht gerade als technische gebrauchte Ausdrücke, die dafür angeführt werden können, wie jus in re oder potestas in re.

Die Ansicht Duroi's über die dinglichen Rechte, und also auch über das Verhältniß des Eigenthums zu den Servituten, denn auf dieses erste und ursprüngliche Jus in re aliena soll sich hier beschränkt werden, läßt sich mit zwey Worten ausdrücken. Es giebt im römischen Recht keine dingliche Rechte und keine dingliche Klagen, sondern ein Eigenthum an körperlichen Sachen und ein Eigenthum an Rechten, und eben so eine Eigenthumsklage, in rem actio, aber eine directa und eine utilis.

Dasjenige, womit er seine Untersuchungen beginnt, und was auch in der That die Grundlage seiner ganzen Ansicht genannt werden kann, ist die Bemerkung, daß in rem actio durchaus kein Gattungsbegriff und nicht unser: dingliche Klage, sondern der specielle Name für die Klage aus dem Eigenthum sey, oder, wie er sich nach seiner Ansicht ausdrückt, aus dem Eigenthum an körperlichen Sachen, welche auf andere Rechte nur analog, als utilis oder quasi in rem actio

angewendet werden. Die Begründung dieser Behauptung, wird zunächst durch die Stellen versucht, worin intendere ꝛc. rem nostram, rem actoris ꝛc. esse, gleichbedeutend mit in rem agere gebraucht wird, besonders aber durch die Definition Ulpians in L. 25. pr. de O. et A., wo der auf das Eigenthum beschränkte Begriff sogar ein Gegensatz zu in personam actio und im Gefolge der Bemerkung actionum genera duo sunt, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur, aufgestellt wird. Diese Stellen beweisen, daß die römischen Juristen den Ausdruck in einem auf das Eigenthum beschränkten Sinne gebraucht haben, ja vielleicht, daß dieser Begriff ihnen der ursprüngliche, natürlichste war. Darauf übrigens, daß Ulpian im Gegensatz zur in personam actio von der in rem sagt: per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet, ist auch schon deshalb kein besonderes Gewicht zu legen, weil in jedem Fall zugegeben werden muß, daß nicht jeder Fall der in rem actio in dieser Erklärung enthalten ist. — Aber Duroi behauptet, daß jene gar keinen andern und weitern Begriff mit dem Wort verbunden haben, und er geht zu dem Ende alle die Klagen durch, welche als in rem actiones aufgeführt werden, um zu zeigen, daß sie Eigenthumsklagen seien, und so die Wahrheit seines Satzes, der durch jene Stellen nicht erwiesen ist, auf indirekte Weise darzuthun. Dieß ist der Faden, an welchem seine ganze Untersuchung hinläuft. Die Resultate von den dinglichen Rechten, welche der eigentliche Gegenstand der gegenwärtigen Abhandlung sind, stellt er nur bey Gelegenheit und zur Begründung dieser seiner Untersuchung dar. Inwiefern sich die Behauptung durch die Natur der Servitutenklage bestätigt, soll unten gezeigt werden, inwiefern durch die Hereditatis petitio, die Publiciana, die Klage aus der Superficies, Emphyteusis u. s. f. soll einer andern Gelegenheit aufgespart bleiben, wohl aber muß hier erwähnt werden, was

über die Präjudicia, die Actiones in rem scriptae, dann über die Eigenthumsklage selbst in dieser Beziehung gesagt wird, ehe endlich das Resultat zur Betrachtung gezogen werden kann, das für die Servituten und somit auch für den Begriff der dinglichen Rechte überhaupt aus allem diesem folgen soll.

In den justinianischen Institutionen [1]) wird gesagt: *praejudiciales actiones in rem esse videntur.* Da es nun durch Cajus, in Verbindung mit unsern übrigen Quellen, welche durch ihn erst verständlich geworden sind [2]), ausgemacht ist, daß praejudiciales formulae alle diejenigen heißen, welche keine Condemnatio (oder Adjudicatio) enthalten, so würde jene Institutionenstelle völlig unbegreiflich seyn, wenn in rem die Eigenthumsklage bezeichnete, und sie also sagte, die Klagen, wodurch jemand die Fragen entschieden haben wolle, an ex lege .... praedictum sit (bey der Sponsio und Fidepromissio), quanta dos sit, an aliquis libertus sit u. s. f. seien Eigenthumsklagen. Diese Stelle ist also allerdings ein gefährlicher Stein des Anstoßes für jene Ansicht, was der Urheber derselben auch wohl gefühlt hat, indem er seine Betrachtungen darüber (§. 18. der Abhandlung) mit dem Satz beginnt: »Daß diese Präjudicia actiones in rem seyn sollten, würde nach allem dem, was bis jetzt vorgekommen ist, (nämlich nach seiner in den vorhergehenden §. §. ausgeführten Theorie), ohne eine gewisse Institutionenstelle wohl niemand behauptet haben,« ein Satz, der naiver ist, als sein Verfasser sonst zu sein pflegt. Er zeigt dann noch näher, wie Präjudicia zu der In rem actio als Eigenthumsklage durchaus nicht passen, während an allen andern als in rem actiones vorkommenden Klagen von ihm dargethan worden sey, daß es Eigenthumsklagen vel quasi seien, und zieht daraus den Schluß, daß diese Stelle interpolirt sey. Von den übrigen Gründen für die Annahme soll

1) §. 13. de action.

2) Hugo Rechtsgesch. X. S. 585. fgg.

gleich weiter die Rede seyn, eben so wird die Wahrheit dieses Grundes selbst, wenigstens hinsichtlich der Servitutenklage, erst weiter unten zur Sprache kommen, aber meine Verwunderung über diese neue Art von Argumentation kann ich nicht umhin, gleich hier zu bezeugen. Irgend eine aufgestellte Theorie kann zu einzelnen Sätzen des Rechtssystems recht gut passen, und darin eine Bestärkung finden, ja es war wohl noch niemand so verwegen (oder wie man es nennen will), eine Ansicht aufzustellen, zu welcher auch schlechterdings gar kein gewisser Satz gepaßt hätte, und sie kann dennoch falsch seyn, was ich unter andern auch daran zeigen kann, daß sie mit andern Sätzen nicht im Einklang steht. Wer wird nun aber diese widerstrebenden Punkte so schlechthin dadurch auf die Seite schaffen wollen, daß er aufzeigt, wie wenig sie zu seiner Theorie passen, welche durch ihre Einfügung in die anderen Sätze außer diesen hinlänglich bewährt sey? Wäre Duroi nun ein solcher Umstand, wie es wohl hätte geschehen können, bey der Hereditatis petitio oder der Servitutenklage entgegengetreten, würde er dann auch den Leser rückwärts verwiesen haben? — Die besonderen Gründe, durch welche jene Aeußerung beseitigt werden soll, sind sehr schwach. Daß die Stelle sich nicht bey Cajus findet, begründet auch nicht die leiseste Vermuthung einer Interpolation im Sinne Duroi's, wenn wir bedenken, wie vieles in Cajus den Bearbeitern bey dem Titel de actionibus unbrauchbar, und wie sehr ihnen also die Benützung anderer Schriften Bedürfniß war. Daß das »zweifelhafte« videntur auf eine Interpolation hindeute, ist hier so unrichtig, als es bey andern Stellen wäre, wo die Juristen diese gar nicht schlechterdings einen Zweifel ausdrükkende Wendung gebrauchen. Eben so wenig kann der Umstand dafür angeführt werden, »daß Theophilus so gar nichts zur Erklärung zu sagen weiß,« ja dieß ist eher ein Gegengrund, denn ohne Zweifel würde es dem Paraphrasten leichter gewesen seyn, eine Stelle, die von ihm selbst oder von seinen Collegen

herrührte, als die eines alten Juristen zu erklären. Auch daß der Institutionentitel sonst nur Actiones mit einer Condemnatio enthält, und hierauf auch die Definition: actio est jus persequendi in judicio quod sibi debetur, geht, würde vielleicht beweisen, daß er nicht aus einem Guß, daß er nicht das Werk eines Ulpian, sondern armer Compilatoren ist, aber eine Interpolation in dem hier gemeinten Sinne beweist es keineswegs.

Der Ausdruck: actio in rem scripta bezeichnet eine Klage, welche wenigstens in dem Punkte mit den In rem actiones übereinkommt, daß solche Klagen nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind [3]). Duroi glaubt nun, daß dieser Punkt seinem Begriffe der In rem actio deswegen nichts anhabe, weil actio in rem scripta durchaus kein Kunstwort sey, vielmehr, während in rem actio die Klage wegen einer Sache bedeute, dort in rem blos als Adverbium statt generaliter stehe. Die Aufrechthaltung seiner Ansicht hängt also davon ab, daß in rem in beiden Ausdrücken in einem ganz verschiedenen Sinne genommen, daß in dem einen etwas ganz anderes als in dem andern damit bezeichnet werde. Eben deshalb behauptet er hier (S. 411.), in rem actio heiße die Klage wegen einer Sache, und sucht dieß an einem andern Ort (§. 26. S. 429 ff.) näher auszuführen. Wenn nun diese Meinung zu seinem Begriff von der In rem actio sehr gut paßt und mithin ihre Entstehung bey ihm sehr natürlich ist, so sind auf der andern Seite die Gründe, welche er dafür beibringt, desto unpassender und auffallender. Der erste Grund, daß, da das Wort res in der Formel der In rem actio (si paret rem meam esse) vorkomme, es doch das natürlichste sey anzunehmen, auch der Name der Klage enthalte dasselbe

3) z. B. L. 9. §. 8. quod metus, c. Cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est etc.

Wort in demselben Sinn, ist abgesehen von seiner sonstigen Beweiskraft, eine neue, sehr in die Augen fallende Petitio principii, welche der oben gerügten nichts nachgiebt. Denn daß die Formel jeder In rem actio jene Worte enthalten hat oder enthalten konnte, ist ja eben die Meinung Duroi's, welche er erst beweisen und gegen diese Zweifel vertheidigen soll. Die andern Gründe gehen dahin, daß man bey dem Ausdruck in rem an eine res denken kann, und daß auch die römischen Juristen, wo von einer In rem actio auf eine Sache die Rede ist, bey in rem agere auch an die Sache denken konnten, welche der Gegenstand der Klage ist, womit aber für sich so wenig etwas bewiesen wird, als jemand ein Gewicht darauf legen wird, daß dem Cajus bey den Res religiosae »relictae« eingefallen ist. Mit diesem freilich hinkenden Vergleich will ich übrigens beides keineswegs in eine Kategorie stellen, vielmehr glaube ich daß es allerdings einen innern Grund hat, wenn bei den römischen Juristen jene Ideenassociation vorkommt, und die Basiliken, die den Ausdruck in rem in andern Fällen durch γενικῶς paraphrasiren, denselben bey in rem actio wörtlicher übersetzen. Dieß führt mich auf den Grund, welchen Duroi zwar nicht als solchen angiebt, der aber in der That der Stützpunkt aller übrigen ist. Er stellt nämlich seine Meinung bloß derjenigen entgegen, welche den Ausdruck in rem schlechthin für gleichbedeutend mit generaliter und in rem agere für »allgemein klagen« nimmt, und gegen diese unbestimmte Meinung nimmt sich die seinige wirklich besser aus. Der Ausdruck in rem hat jedoch gewiß ursprünglich eine sehr bestimmte, von dem gewöhnlichen Sinne des Wortes res sich nicht entfernende Bedeutung gehabt, und für eine gewisse Zeit wäre, wenn nur das Wort in rem actio als technisches damals schon existirt hätte, Duroi's Ansicht davon sicherlich nicht unrichtig, aber es handelt sich hier nur darum, in welchem Sinn die römischen Juristen in rem actiones den in personam actiones entgegensetzen, und hier wird

nun die herrschende Ansicht von der In rem actio als Gattungsbegriff durch die actiones in rem scriptae sowohl als durch jenen Ausspruch von den Präjudicien eben so unterstützt, als Duroi's Meinung dadurch vernichtet wird.

Ich gehe zurück auf die Eigenthumsklage [4]). Es würde zu Duroi's Ansicht von der In rem actio recht gut passen, wenn die Eigenthumsklage keinen als diesen Namen trüge, wenn sie wenigstens keinen hätte, welcher nicht ebenso auch den übrigen In rem actiones zukäme, ja das Gegentheil wäre in der That ein Uebelstand für sie. Nun findet sich aber neben den Ausdrücken vindicatio und in rem actio, vindicare und in rem agere, die von den römischen Juristen am häufigsten und nicht allein bey der Eigenthumsklage gebraucht werden, auch noch der Name rei vindicatio für die Eigenthumsklage allein. Dieser Ausdruck steht nach Duroi's Zählung im Text der Pandekten zweimal [5]), in den justinianischen Institutionen einmal [6]), ausserdem findet sich der Ausdruck auch in umgekehrter Wortstellung. Schon in jener ersten in der Note 5. abgedruckten Stelle ist für denjenigen, welcher gerade nicht zu einer ungewöhnlichen Scrupulosität sich veranlaßt sieht, der Gebrauch des Ausdrucks als eines technischen für die Eigenthumsklage ziemlich entschieden; dazu kommt aber noch, um jeden Zweifel zu entfernen, daß die Titel des theodosischen Codex, des justinianischen Constitutionencodex und der Digesten, die von der Eigenthumsklage handeln, so überschrieben sind. Dessen ungeachtet glaubt Du-

---

4) Duroi §. 2. S. 255. folg. des Archivs.

5) In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus L. 7. §. 8. de publici. Sed si proponas, tigni furtivi nomine aedibus juncti actum, deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio; et esse non dubito. L. 2. de tigno juncto.

6) §. 19. de obl. ex del.

rei, rei vindicatio heiße nichts anderes als vindicatio schlechtweg oder in rem actio, res sey also hier keine res corporalis, sondern sey überhaupt überflüssig. Die Gründe, die er dafür beibringt, sind folgende. Zuvörderst sey die Seltenheit des Ausdrucks ein Grund (und nicht der schwächste, wie aus den übrigen zu ersehen seyn wird); wäre er ein Kunstwort für die Eigenthumsklage, so könnte man ihn fast auf jeder Seite des Corpus juris erwarten, wogegen er gerade in den Titeln de rei vindicatione gar nicht vorkomme. Das ist falsch. Die Sprache der römischen Juristen gestattete ihnen keineswegs, den Ausdruck so häufig anzuwenden, als wir thun, und wenn sie bey den gewöhnlichsten Wendungen: die Rei vindicatio anstellen, mit der R. V. klagen u. s. w. sagen: in rem agere, vindicare, ferner wenn sie, wo kein Zweifel entstehen kann, vindicatio oder in rem actio sagen (worauf sich die meisten Stellen reduciren lassen), so läßt sich daraus schlechterdings kein Schluß gegen jenes Kunstwort machen, wie ihn Duroi gemacht hat, zumal da den römischen Juristen in rem actio doch noch einen anderen, bestimmteren Sinn hatte, den unsere dingliche Klage nicht hat. Wenn daher auch der Context des tausendsten Theils der römischen juristischen Litteratur, der uns davon überliefert ist, kein einziges Mal rei vindicatio als ein Kunstwort enthielte, so würden schon jene Rubriken, denn in diesen war der rechte Platz dafür, diese seine Eigenschaft beweisen. Duroi kümmern diese Rubriken wenig, was ich nicht begreife. Denn einmal sind dieselben im Ganzen als authentisch d. h. aus alter Zeit herstammend anzusehen, so gut als die Fragmente der Juristen in den Pandekten, und zweitens haben wir auch keinen Grund, anzunehmen, daß sie zu dem, was durch sie bezeichnet werden soll, nicht passen. Wollte man nun auch zugeben, daß jene Rubrik des ersten Titels vom sechsten Pandektenbuch die allgemeine für mehrere folgende Titel seyn sollte, wie z. B. die de judiciis, so wäre doch schon die Hereditatis pe-

titio davon ausgeschlossen, was Duroi nicht zugeben kann. Aber da die Titel, welche jene Ueberschrift zunächst tragen, keinen bloß allgemeinen Inhalt haben, sondern von der Eigenthumsklage handeln, weshalb auch gleich darauf die Erörterung des Edicts: si quis id, quod traditur ex justa causa, folgt, so ist selbst für diese Ausdehnung des Ausdrucks kein Grund vorhanden, und somit scheinen diese Rubriken die in Frage stehende Terminologie vollkommen zu beweisen.

Der zweite Grund besteht in der Entgegensetzung der Eigenthumsklage und anderer In rem actiones, unter dem Namen nicht der rei vidicatio, sondern der in rem actio u. s. f., wofür viele Stellen angeführt werden. Diese ergeben folgendes. Der Hereditatis petitio wird in rem actio theils in dem Sinne entgegengesetzt, weil jene nicht eine reine dingliche Klage ist, theils weil in rem actio ursprünglich die specialis in rem actio bedeutet, an andern Orten wird ausdrücklich specialis in rem actio gesagt. In acht angeführten Stellen, die bis auf eine gleich zu erwähnende aus Justinians Zeit sind, soll in rem actio der Hypothecaria entgegengesetzt seyn. Aber eine von diesen 7) enthält nicht einmal scheinbar diesen Gegensatz, sondern vielmehr einen andern der zu begründenden Ansicht nicht gerade günstigen: si qua res, vel jus aliquod postuletur vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur; die meisten der übrigen setzen in rem actiones den personales actiones entgegen, und erwähnen neben jenen aus einem besondern Grunde oder der Deutlichkeit wegen noch ausdrücklich der Hypothecaria. Einige endlich wollen die Rei vindicatio nennen und die Hypothecaria, und brauchen für jene den Ausdruck in rem actio. Damit würde aber zunächst nur bewiesen werden können, daß in rem actio in einem speciellen Sinne für die

---

7) L. 3. C. de praescr. XXX.

Eigenthumsklage gebraucht wird, was hier nicht bewiesen werden soll. Daß es aber, wenn rei vindicatio ein technischer Ausdruck war, natürlicher gewesen wäre, wenn der Redacteur der justinianischen Constitutionen in einigen dieser Stellen dieses statt jenes gebraucht hätte, können wir nicht für einen Beweis gelten lassen, eben so wenig aber Stellen, worin vindicatio schlechtweg, oder vindicatio directa, oder nullam habet in rem directam actionem u. s. f. und publiciana in rem actio entgegengesetzt werden, worüber nichts weiter bemerkt zu werden braucht. Dieselbe Beweiskraft hat es drittens, wenn Theophilus, wo die Institutionen rei vindicatio haben, dieses mit ἡ in rem übersetzt, wozu er aber in der einen Stelle noch einen erklärenden Zusatz macht. Der vierte Grund besteht darin, daß auch die Hypothecaria vindicatio rei genannt werde, was synonym sey mit rei vindicatio. Aber wenn in der dafür angeführten Stelle [8]) gesagt wird, daß der Pfandgläubiger mit der Hypothecaria die Sache vindicire, so wird damit so wenig gesagt, daß diese Klage rei vindicatio heiße, als bonorum possessor deswegen kein technischer Ausdruck ist, weil man auch von andern Personen sagen kann, sie seyen im Besitz der Güter. Wenn Duroi rei vindicatio und das a vindicatione rei jener Stelle für synonym erklärt, so heißt dieß eben so viel als: rei vindicatio ist kein technischer Ausdruck, und so beweist er auch hier wieder sein Thema mit sich selbst.

Das Resultat des bisherigen ist dieß. Daß in rem actio den Römern kein Gattungsbegriff gewesen sey, hat sich

---

8) L. 12. §. 1. quib. mod. pignus. Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet etc.

nicht bestätigt, vielmehr ist der Umstand, daß die Präjudicia in rem actiones genannt werden, daß es actiones in rem scriptae gibt, ferner die Bedeutung des in rem selbst entscheidend für die entgegengesetzte Meinung; ebensowenig wird andrerseits die Behauptung, daß in rem actio nur Eigenthumsklage heiße, dadurch unterstützt, daß kein weiterer speciellerer Name für die Eigenthumsklage vorkäme, indem vielmehr auch hier die gemeine Meinung, die einen solchen in dem Ausdruck rei vindicatio findet, als vollkommen begründet erscheint.

Als Beispiel, wie Duroi seinem Begriff der in rem actio die einzelnen dinglichen Klagen zu conformiren sucht, soll jetzt noch die Servitutenklage berührt werden, ehe wir auf die Anwendung auf das Servitutrecht selbst übergehen, mit welcher sich diese Abhandlung schließen soll. Als Einleitung dient ihm die Ausführung des Satzes, daß bey der Rei vindicatio und dem Eigenthum (»an körperlichen Sachen«) gewisse Rechtsinstitute vorkommen, die in ihrer wahren und eigentlichen Form nothwendig res corporales als Gegenstand voraussetzen, nämlich der alte Vindicationsprozeß, die In jure cessio, der Besitz, die Tradition, die Usucapion, in den §§. 5 und 6., worüber hier weder im Ganzen noch im Einzelnen die Bemerkungen gemacht werden sollen, zu welchen sie Veranlassung geben kann und an einem andern Orte vielleicht geben wird.

Die Servitutklage ist nach Duroi nichts als die Eigenthumsklage in der Ausdehnung von res corporales, die ihr eigentlicher Gegenstand sind, auf res incorporales, nämlich auf die Servituten. Indem er sich zum Beweis dieser Behauptung anschickt, erinnert er zuvörderst daran, daß die Servitutenklage keinen eigenthümlichen Namen hat, indem der Ausdruck confessoria sich nur auf den Gegensatz negatoria bezieht, ohne für sich etwas der Servitutklage ausschließend angehöriges zu bezeichnen. Späterhin (S. 290 un-

ten) ist er geneigt, dieß als einen Grund für seine Ansicht geltend zu machen, und darum soll hier bemerkt werden, daß den Römern der unbestimmtere Ausdruck de servitute actio, indem sie erforderlichen Falls durch jenen Beisatz die negative de servitute actio ausschließen konnten, vollkommen genügte, und durch diesen Gebrauch denn allerdings zu einem technischen wurde.

Der erste und der Hauptgrund ist der, daß die römischen Juristen den Ususfructus und die Realservituten nicht als den Grund, sondern wie bey dem Eigenthum die res corporales, als den Gegenstand der Klage ansehen. Genau betrachtet ist dieß freilich kein Grund, sondern der zu beweisende Satz, der nur in dem Gewand eines Grundes wiederkehrt, denn daß die Servitutklage keine eigene Klage sey, d. h. eben nicht aus dem Servitutrecht entspringe, ist nur ein Theil jener zu beweisenden Behauptung, daß sie die Eigenthumsklage sey. Bewiesen soll nun jenes werden durch die Darstellung des Theophilus im §. 2. de action.: die in rem actio werde entweder wegen körperlicher Sachen z. B. eines Grundstücks, eines Hauses, oder wegen unkörperlicher z. B. des Ususfructus, einer Servitut angestellt u. s. w., ferner dadurch daß bey der Aufzählung der dinglichen Klagen in den Institutionen eine ähnliche Darstellungsweise befolgt wird, endlich durch das ganze Rechtssystem, durch welches diese Ansicht ganz durchgehe. Inwiefern jene Darstellungsweisen die Behauptung begründen, hätte wohl einer nähern Darlegung bedurft, da es für sich nicht ganz begreiflich ist. Die römischen Juristen sagen allerdings usum fructum, servitutem vindicare, wie sie rem vindicare sagen, aber wenn man daraus den Schluß ziehen wollte, daß mithin der Ususfructus dort so wenig als hier die res der Grund der Klage sey, so müßte, sofern man keinen weiteren Beweis hat, erst nachgewiesen werden, daß sie nicht durch die Sprache gehindert waren, anders zu reden. Der Beweis besteht nämlich

darin, daß von der Wirkung auf die Ursache zurückgeschlossen wird. Der Umstand aber, daß die Juristen jene Redeweise gebrauchen, aus der die Darstellung der Institutionen und ihres Paraphrasten von selbst folgt, kann erstens allerdings die Ursache haben, daß die Servitut nicht der Grund, sondern wie res der Gegenstand der Klage ist, aber auch zweitens die, daß die Juristen gar nicht anders von einem vindicare aus dem Grund einer Servitut sprechen konnten, selbst wenn sie dieß Recht als den Grund der Klage anerkannten. Wenn nämlich rem vindicare nur die allgemeine Bedeutung hätte, eine Klage aus einem Recht an der Sache anstellen, so wäre es allerdings auffallend, daß die Juristen nicht diesen sondern jenen Ausdruck von den Servitutberechtigten gebrauchen, aber der Ausdruck deutet den Zweck an in den juristischen Besitz des Corpus zu kommen [9]. Er konnte daher nicht für die Servitutklage gebraucht werden, dagegen lag dann der analoge Ausdruck: servitutem vindicare so nahe, daß es sehr gewagt ist, den Gebrauch desselben einer besondern, erst dadurch zu beweisenden, in der eigenthümlichen Natur der Servitutenklage selbst liegenden Ursache zuzuschreiben.

Die weitere Argumentation Duroi's besteht darin, daß er zu zeigen sucht, wie sich bey der Servitut und der Vindicatio servitutis, alle die Rechtsinstitute wiederfinden, die oben als Eigenheiten bey der Rei vindicatio vorgekommen sind.« Es werden nämlich Redensarten: rem praestare, fructus, petitor und possessor [10] auch bei der Servitutenklage ge-

---

9) So ist auch L. 1. fin. reg. zu verstehen. Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est d. h. obwohl sie dasselbe materielle Resultat wie die Eigenthumsklage hervorbringt. Vindicatio rei heißt also hier nicht die Eigenthumsklage, sondern ihr Zweck.

10) Duroi drückt dieß S. 281. so aus: »Auf die Vindication der Servituten ist von der Rei vindicatio der Satz, daß die Klage

braucht, und eben so ist die In jure cessio, der juristische Besitz, die Tradition, und die Ersitzung vom Eigenthum auf die Servituten übergegangen. Abgesehen von einigen eigenen Ideen über einzelne dieser Punkte, von welchen eine in der letzten Note erwähnt worden ist, die übrigen aber hier nicht weiter untersucht werden sollen, hat man diese Erscheinung schon früher in Betrachtung gezogen, und sie für völlig übereinstimmend mit der gewöhnlichen Theorie gehalten, wornach das Eigenthum als das ursprünglichste aller dinglichen Rechte, und ebenso die Eigenthumsklage als der Typus für die Klagen aus andern dinglichen Rechten angesehen wird; um so mehr aber muß man sich wundern, diese Sätze als Gründe für die entgegengesetzte Meinung mit einem gewissen Gewicht aufgestellt zu sehen, ohne daß darauf Rücksicht genommen wird, daß sie der andern Ansicht auch angehören, also sofern es sich um den Beweis handelt, völlig indifferent sind. Dieß hängt vielleicht damit zusammen, daß Duroi überhaupt von den Ansichten anderer Umgang genommen hat. Dieß soll im allgemeinen nicht getadelt werden, wiewohl das Lob, welches dieser negativen Eigenschaft der Abhandlung ertheilt worden ist,

---

contra possessorem angestellt werden müsse — das heißt nicht gegen den Besitzer der Res corporalis, woran die Servitut ausgeübt wird, sondern gegen den Besitzer der vindicirten Sache, der Servitut selbst — übertragen worden.« Dieß ist falsch, sowohl nach L. 6. §. 1. und L. 8. §. 3. si servit., als nach sonstigen Stellen, welche die Klage keineswegs auf eine Weise beschränken, wornach sie gegen den Eigenthümer der dienenden Sache, also gerade in dem gewöhnlichsten Fall, nicht angestellt werden könnte. Jene Stellen sind Duroi freilich nicht fremd, da er sie selbst für diese seine Behauptung allegirt hat. Diese modificirt sich also dahin, daß die Ausdrücke petitor und possessor, für Kläger und Beklagter, von der Rei vindicatio hierher übertragen worden sind, und daß, wenn die Vertheilung der Parteirollen zweifelhaft ist, der Nichtbesitzer als Kläger angenommen wird.

nicht zu begreifen ist. Denn ein Schriftsteller bleibt durch dieses Verfahren in der That auf halbem Wege stehen, und erschwert den Eingang seiner Ansichten, wenn auch für eine gewisse Classe von Lesern die ausschließlichen Quellencitate etwas imponirendes haben. Auf keinen Fall aber darf diese formelle Selbstständigkeit in ein völliges Ignoriren der bisherigen Theorien und ihrer Gründe ausarten, wenn nicht solche Resultate daraus hervorgehen sollen, wie dasjenige, welches diese Bemerkung veranlaßt hat.

Später (S. 290) werden noch folgende Gründe nachgetragen: 1) daß dieselbe Publiciana in rem actio für die Res corporales und die Servituten gegeben werde, aber dieser Grund fällt in der That mit dem zusammen, daß bey dem Eigenthum und den Servituten Tradition und Ersitzung vel quasi vorkommen, und überdem könnte man sogar zugeben daß die Publiciana, die der Rei vindicatio und diejenige, welche der Confessoria entspricht, in einem ähnlichen Verhältnisse zu einander stehen, wie die In rem actio aus dem Eigenthum und die aus der Servitus, ohne daß dieß für die zu beweisende Behauptung etwas bewiese; 2) daß die Theilungsklagen, welche eine Rei vindicatio in sich begreifen (? allegirt wird L. 1. fin. reg. Theoph. 4, 6, 20.) für die Res corporales als actiones directae und für die Jura als utiles actiones vorkommen; aber ich kann daraus nur soviel entnehmen, daß die Communio eine Obligatio erzeugt, aus der die Theilungsklagen entstehen, daß die communi dividundo actio ursprünglich bey einer *res* communis gegeben wurde, dann aber der Satz entstand, daß die Communio aller nicht juristisch untheilbaren Vermögensverhältnisse jene Obligatio begründe, mit Ausnahme der Nomina, quae ipso jure sunt divisa. Das Argument, welches daraus hergeholt wird, daß hier die in die Theilungsklage eingewickelte Rei vindicatio mit jener auf die Servituten übergetragen worden sey, was Duroi nun auch von der nicht eingewickelten behauptet, fällt mit jener

Einwickelung selbst weg, und ist überhaupt von der Beschaffenheit, daß es nicht recht ernsthaft gemeint seyn kann.

Ich komme nun zu dem Ziele meiner Untersuchung, auf die Ansicht Duroi's von dem Jus in re und namentlich der Servitut selbst.

Man hat es bisher, so viel mir bekannt ist, noch nicht aus unsern Quellen eigentlich zu beweisen versucht, daß die Servitus (rei) ein Jus in re, ein selbstständiges, vom Eigenthum verschiedenes dingliches Recht ist, da man, so lange man überhaupt solche Jura in re annahm, niemals die Eigenschaft der Servitut als eines solchen bezweifelte. Wenn nun aber dieses geschieht, so werden unsere Juristen zwar schon darin einige Beruhigung finden, daß ihre Ansicht mit recht schwachen Gründen bestritten wird: aber sie werden sich auch der Gründe für die bisherige Theorie recht bewußt zu werden suchen, und insofern wird jeder dem Verfasser der Abhandlung, welcher der Gegenstand dieser Betrachtungen ist, dankbar seyn, er mag nun viel oder wenig daran für unbegründet und falsch halten. Eine Begründung der herrschenden Ansicht kann auf doppelte Art sowohl durch einzelne Stellen, als durch allgemeinere Induktionen geschehen. Was nun die erste Art anlangt, denn zur zweiten wird noch unten im Laufe der Untersuchung, die ihrem kritischen Zweck gemäß sich an die zu prüfende Meinung anzuschließen hat, einiges beigetragen werden, was also einzelne Stellen anlangt, die sich für unsere Theorie anführen lassen, so ist keine mühsame Nachforschung deshalb nothwendig. Jeder wird sich alsobald an die ersten Stellen des siebenten Buchs der Digesten erinnern, welche jenem Zweck ziemlich genügen. In der ersten ist nämlich die Definition enhalten: usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Die Servitut wird hier ein

Recht genannt, und daß damit nicht eine unbestimmte Befugniß, sondern ein bestimmtes Recht gemeint ist, erhellt, abgesehen von andern Gründen, an denen kein Mangel ist, daraus, daß es auf bestimmte Weise entsteht und endigt, wie denn gleich L. 3 eod. sagt: placuit certis modis extingui *usumfructum*, et ad proprietatem reverti, was man in diesem Zusammenhang nicht so übersetzen kann, daß der Gegenstand des Rechts, nicht das Recht selbst erlösche und mit der Proprietät wieder vereinigt werde. Ueberhaupt wird in unsern Quellen von dem Usus fruktus selbst gesagt, er werde constituirt, er endige; wenn aber der Usus fructus hier nicht selbst als das Recht, um das es sich handelt, gemeint, sondern er nur der Gegenstand dieses Rechts, also etwa eines Eigenthums an unkörperlichen Sachen wäre, so hätte gesagt werden müssen: nicht der Usus fructus entsteht, dieser ist vielmehr immer vorhanden, sondern das Recht am Usus fructus entsteht und erlöscht. — In der zweiten Stelle wird von diesem Rechte aber ferner gesagt: est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. Der Usus fruktus, der nicht allein ein bestimmtes Recht ist, sondern nach dem vorigen gerade das Recht, von dessen Entstehung und Endigung gesprochen wird, wenn das zu untersuchende Rechtsverhältniß (das wir ein Jus in re nennen, Duroi aber ein Eigenthum) nach diesen Seiten betrachtet wird, dieser Usus fruktus, der hiernach nicht bloß als der Gegenstand eines andern Rechts bei den Römern vorkommt, heißt hier ein jus in corpore, also kann Usus fruktus nicht das Recht an einem Recht bedeuten. — Das Resultat schon der drey ersten Stellen der Servitutenmaterie ist also dieses. Usus fruktus ist ein Recht, ja gerade das Rechtsverhältniß, von dessen Natur hier die Rede ist, wird so genannt, und von diesem Rechtsverhältniß wird gesagt, es sey ein jus in corpore, also nicht ein Recht an einem Recht; es wird endlich vom Eigenthum unterschieden als ein jus *alienis rebus* utendi fruendi, und

darin liegt zugleich, daß es eine Beschränkung des Eigenthums ist, was auch noch dadurch bestätigt wird, daß durch sie das Eigenthum nicht solle vernichtet werden (salva rei substantia).

Nach Duroi giebt es keine Servitus als ein eigenes vom Eigenthum verschiedenes dingliches Recht, sondern ein Eigenthum von einem Corpus und ein Eigenthum von einem Jus, welches letztere eben dasjenige ist, welches man bisher als ein eigenes dingliches Recht angesehen hat, das nun aber mit dem ersteren ein und dasselbe Recht ist. Seine Gründe für diese Behauptung, die etwas zerstreut dargestellt sind, weil dieselbe eigentlich mehr als Grund für seine Ansicht von der In rem actio als Eigenthumsklage dienen soll, wiewohl auch die letztere wieder als Beweis für die erste gebraucht wird, will ich folgendermaßen zusammenstellen, wobey ich nicht glaube, daß mir ein nur irgend erheblicher entgangen ist, der in dem folgenden nicht seine Berücksichtigung fände.

Der erste Grund ist der, daß die Servitutklage die Eigenthumsklage ist. Daß diese Behauptung ganz unbegründet geblieben ist, so weit mehr darin liegen soll, als daß die Eigenthumsklage der Typus der Servitutenklage ist, ergiebt sich aus dem obigen. Aber sie könnte sogar wahr seyn, ohne daß daraus ein Eigenthum an einem Rechte folgte, denn es könnte dann die Servitut als ein Quasidominium an der Sache angesehen werden, was dann am Ende auf einen Wortstreit hinauslaufen würde.

Der zweite und bedeutendste Grund besteht darin, daß die römischen Juristen, indem sie von res incorporales reden, zeigen, daß sie die Servituten als Gegenstände von Rechten betrachten, nicht als Rechte für sich, und dieß sey durch das ganze System sichtbar: sie kämen nicht als Rechte neben dem Eigenthum vor, sondern als Sachen neben andern Sachen und als Gegenstände des Eigenthums, und daher im Titel de adquirendo dominio mitten unter den res corporales.

Die Entfernung dieses Grundes wird zugleich eine sichere Begründung der herrschenden Ansicht gewähren.

Das Eigenthum besteht in der totalen Unterwerfung der Sache; dieß kann man auch so ausdrücken, daß die ganze Sache unterworfen ist, und daraus folgt, daß der Gegenstand des Eigenthums etwas völlig sichtbares ist, indem er vollkommen mit dem körperlichen Gegenstand zusammenfällt. Die Servitus rei ist dagegen eine partiale Unterwerfung; es ist ein innerlicher Bestandtheil des Eigenthums, der hier davon getrennt ist. Dieser Bestandtheil bildet nun ebenfalls ein Recht an der Sache, eine Unterwerfung der Sache und somit ist die Sache Gegenstand desselben [11]), aber da das Recht weder in der gänzlichen Unterwerfung der Sache, noch in der eines äußerlichen Theils derselben besteht [12]), so ist hier die Art und Weise, wie die Sache Gegenstand des Rechts ist, etwas unsichtbares. Man könnte nun beim Eigenthum unterscheiden: 1) die Sache, 2) die Befugnisse, die in dem Eigenthumsrecht liegen, und 3) das Eigenthum selbst; aber dieß geschieht nicht, weil kein Bedürfniß dazu vorhanden, und in der That eine bestimmte Aufzählung der Rechte aus dem Eigenthum nicht wohl möglich ist, wie jeder überzeugt seyn wird, der es versucht hat, die Eintheilung in Proprietätsrechte und Nutzungsrechte, mit welcher die Neuern jene Unterscheidung durchsetzen wollten, sich anschaulicher zu machen und in Anwendung zn bringen. Vielmehr wird nur das erste und das letzte unterschieden, und die Klage geht nicht darauf: jus mihi esse utendi fruendi, alienandi und was man noch sonst als Rechte des Eigenthums angeben wollte, sondern schlechthin auf den Gegenstand: rem meam esse, so daß also von

---

11) Est enim ususfructus jus in corpore L. 2. de usufr.

12) Loci corpus non est dominii ipsius cui servitus debetur, sed jus eundi habet. L. 4. si serv.

dem ersten jener Momente, der res, das letzte, das meum oder meum ex jure Quiritium ausgesagt wird. Ebenso kann man aber bey Servituten unterscheiden: die Sache (corpus), die Befugnisse, die in der Servitut liegen, und die hier vollkommen bestimmt sind uti frui, ire agere u. s. f.) und die Servitut als Recht selbst. Hier ergiebt sich nun, daß das Verhältniß des dritten zum ersten (das Recht an der Sache, die Unterwerfung derselben, die bey dem Eigenthum keiner näheren Bestimmung bedarf, weil sie eine totale ist) bey der Servitut erst durch das zweite näher bestimmt wird, welches angiebt, von welcher Seite die Sache unterworfen sey, und darum ist eben jene Unterscheidung hier so nöthig, als sie beim Eigenthume überflüssig ist, und die Klage kann nicht darauf gehen, rem meam esse, oder auch nur, daß die Sache mir unterworfen sey, jus mihi esse in ea re, sondern jus mihi esse eundi agendi, utendi fruendi (oder usum fructum meum esse) u. s. f. — Während also beim Eigenthum der Gegenstand, die Sache, äußerlich hervortrat, und niemand daran zweifeln konnte, daß es ein jus in corpore ist, trat bei den Servituten dieß mehr zurück; als der Gegenstand der Klage und des Rechts erschien das unkörperliche, die Befugniß, und es schien schlechthin nöthig, bei Gelegenheit ausdrücklich zu bemerken, auch die Servitus sey ein jus in corpore, wie denn dieß in der oben angeführten Stelle geschehen ist. Deshalb ist aber die Servitut so wenig ein Recht an einer Befugniß, als ihrem unkörperlichen Gegenstand, als das Eigenthum ein solches Recht ist, und da jene Momente bei beiden Rechten unterschieden werden können, so müßte derjenige, der das erste behauptet, consequenter Weise auch das Eigenthum ein Recht an Rechten nennen.

Etwas ganz anderes ist es, wenn die römischen Juristen die Servituten unter den res incorporales aufführen. Daß sie damit nicht die Servituten als Gegenstände des Rechts bezeichnen und ihre Eigenschaft als eigene dingliche Rechte

läugnen, darauf kann zunächst schon dieß aufmerksam machen, daß sie auch die Obligationen den res incorporales beizählen von denen man nicht behaupten wird, daß sie nicht selbst Rechtsverhältnisse, sondern nur Gegenstände von solchen seien. Aber noch mehr; Cajus sagt sogar ausdrücklich, um den Zweifel zu entfernen, als seien hier nicht Rechte sondern Gegenstände von Rechten gemeint: wenn man bei dem Ausdruck res incorporales an die Gegenstände denke, so könne das Bedenken entstehen, daß doch in der Erbschaft körperliche Sachen enthalten, die Früchte, die der Usufructuar vermöge seines Rechts ziehe, ebenso, und auch das, was man aus einer Obligation zu fordern habe, meistentheils körperliche Sachen seyen; aber es sey hier nicht von Gegenständen von Rechten, sondern von dem Successionsrecht, dem Recht des Nießbrauchs, von dem Forderungsrecht selbst ausgesagt, daß es res incorporales seyen [13]. Eine augenscheinlichere Widerlegung dessen, was Duroi in diesem Ausdruck finden will, läßt sich kaum denken. Doch soll hier daran noch erinnert werden, in welchem Zusammenhange Cajus in den Institutionen und Ulpian in den Fragmenten, welche Duroi für sich anführt, auf Res incorporales zu sprechen kommen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß wir kein System der römischen Juristen kennen, in welchem sie das Recht nach den verschiedenen Classen der Rechte selbst darstellten. In den Institutionen bildet

---

13) *Cajus* lib. II. Instit. L. 1. de div. rer. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et (das diesem et vorhergehende nam, ist mit Haloander gewiß zu streichen, wie aus dem ganzen Zusammenhang hervorgeht) fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est.

den Faden der Darstellung die Erwerbung der Rechte. Und weil wir zunächst an die Personen zu denken haben, welche die Rechte erwerben, ja weil bei der Handlung des Erwerbs das erwerbende Individuum auch allererst in die Augen fällt, so geht die Lehre von der Conditio personarum voraus, aber auch diese wird weniger nach der Natur der persönlichen Zustände, und ihrem Einfluß z. B. auf das Vermögen, als hauptsächlich von der Seite der Entstehung und Endigung derselben betrachtet, wie es denn bekannt ist, daß die Ehe nur als Entstehungsart der väterlichen Gewalt zur Sprache kommt, und daß bey der Vormundschaft in den cajischen Institutionen beinahe nur von ihrer Entstehung und Endigung gehandelt wird, wovon auch die justinianischen nur eine ziemlich unbedeutende Ausnahme machen. Indem darauf der Jurist zu dem andern Rechte gelangt, so ist es hier nicht weniger, ja noch augenscheinlicher die Sache der Entstehung, welche er an demselben auffaßt, wodurch es denn unter andern geschieht, daß das ganze Erbrecht unter die Rubrik einer Erwerbsart kommt, und auch die Obligationen nach ihrer Entstehung vorgetragen werden. So werden denn auch die res corporales et incorporales nicht als Gegenstände der Rechte erwähnt, was zu der übrigen Darstellung wenig passen würde, sondern als Gegenstände der Erwerbung, und so wird von dem Eigenthümer gesagt: er erwirbt die Sachen, die der Gegenstand seines Rechts sind, also körperliche, von andern dinglichen Rechten aber, weil man hier nach dem obigen nicht ohne Undeutlichkeit von einer Erwerbung der Sachen, welche ihre Gegenstände sind, sprechen könnte: es erwirbt jemand den Ususfruktus u. s. f., sowie man auch sagt: er erwirbt das Erbrecht, die Forderung; und die Gegenstände der Erwerbung sind mithin im ersten Fall körperliche, in den andern Fällen unkörperliche, oder Rechte. Dieß gilt nicht allein von Cajus, sondern auch von Ulpian, wenn er

im 19. Titel von den unkörperlichen Sachen als Gegenständen der Mancipatio und der In jure cessio spricht, und ebenso auch von den bekannten Stellen, wo bey der Tradition und Usucapion jene Eintheilung der Sachen, oder besser: der Gegenstände angewendet wird (incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est ꝛc.) Wenn nun sonach die römischen Juristen weit davon entfernt waren, jener Eintheilung einen Einfluß auf die Beurtheilung der Natur der Rechtsverhältnisse zu verstatten, und ihr dadurch eine Wichtigkeit beizulegen, welche sie besonders in vergangener Zeit bey den neuern Juristen hatte, indem dieselben von der oben angegebenen römischen Darstellungsweise in der That ungeachtet der scheinbaren äußeren Uebereinstimmung ihrer Systeme mit der Institutionenordnung, abgiengen, und doch diesen Vordersatz derselben zum Nachtheil der Wissenschaft beibehielten; so wäre zu wünschen, daß wir von dieser wesenlosen Eintheilung endlich einmal befreit würden, und der unglückliche Schatten der unkörperlichen Sachen seine Ruhe fände.

Ich füge diesem allen nur noch zwey Bemerkungen hinzu. Die erste betrifft die Frage: was denn die Servitus, das Jus, welches Gegenstand des Dominium ist, nach Duroi's Ansicht für ein Recht ist? — Diese Frage wird, so viel ich bemerkt habe, von ihm nicht beantwortet; er sagt nur, man dürfe den Begriff dieses Rechts, der Res incorporalis, nicht mit dem Begriff des Eigenthums daran verwechseln. Ich will es nicht versuchen, diesen Mangel zu ergänzen, um so weniger, als es schwer ist, eine solche Ergänzung im Geiste eines Schriftstellers zu thun, der auf jedem Blatte gegen die gewohnten Ansichten anstößt. Aber wenn ich nun sehe, daß hier ein Recht ist, das nicht geltend gemacht wird, dagegen aber an diesem Recht wieder ein Recht angenommen wird, und daß dieses dann erst dasjenige ist, welches

man geltend macht, so will ich nicht läugnen, daß mir dieß, abgesehen von allem anderem, wie ein Spiel mit Begriffen vorkommt. Die römischen Juristen, wenn sie — wie Duroi ein Quasidominium an Servituten und eine Quasi oder utilis vindicatio aus demselben annimmt — eine Klage als utilis anwenden, oder ein Rechtsverhältniß über seine eigentlichen Gränzen hinaus erweitern, verfahren auf eine ganz andere Weise. Wenn sie (ich wähle dieses Beispiel, weil jener sich selbst darauf beruft) einen Quasiusus fruktus annehmen, d. h. ein Rechtsverhältniß, das eigentlich nicht Usus fruktus seyn könnte, als solchen behandeln, weil dieß der Intention des Testators oder sonstigen Bestellers gemäß ist, so sagen sie nicht, das Benutzungsrecht an verbrauchbaren Sachen ist ein Gegenstand des Ususfruktus, sondern sie sagen: jenes Recht ist selbst ein Ususfruktus. Und so hätten sie, wenn sie den Begriff des Eigenthums auf die Servituten, auf die partiale Unterwerfung der Sache hätten ausdehnen wollen, gewiß nicht mit Duroi gesagt: die Servituten sind auch Gegenstände des Eigenthums, sondern: der Ususfruktus u. s. f. ist selbst ein Quasidominium. Und so sagt ja er selbst nicht von dem s. g. prätorischen Eigenthum, es sey ein Dominium an der Bonä fidei possessio, sondern diese selbst sey ein Quasidominium oder dominium utile.

Die zweite Bemerkung, mit welcher ich diese kritischen schließe, ist folgende. Es gab sonst Juristen, welche den Begriff: Eigenthum ziemlich weit nahmen, und indem sie namentlich ebenfalls die unkörperlichen Sachen zu Hülfe nahmen, von einem Eigenthum an allen Arten von Rechten, auch wohl an Handlungen sprachen, was natürlich nicht ohne die größte Begriffsverwirrung geschehen konnte und da, wo es im einzelnen zur Anwendung kam, zu den widerrechtlichsten Resultaten führte. Dieß ist, was die Juristen anlangt, wohl für eine vorübergegangene Erscheinung zu halten, denn daß

solche vage Vorstellungen noch hie und da bey den Philosophen, die sich der Jurisprudenz annehmen, regieren, das kann nicht auffallen, so lang überhaupt noch die Jurisprudenz zu den Wissenschaften gehört, in welche jeder mit einigen Sinnen Begabte ohne Gefahr hineinstümpern zu können vermeint. An diese Ideen wird man durch Duroi's Abhandlung allerdings wieder erinnert, ungeachtet er sich auf dem historischen Grund und Boden zu halten sucht. Denn die Beschränkung auf gewisse Verhältnisse, die er seiner Ansicht giebt, entbehrt alles inneren Halts, da der Begriff, auf welchen sich die Theorie stützt, der der unkörperlichen Sachen, so unbestimmt wie nur möglich ist. So hindert uns nichts, diese willkührlichen, wesenlosen Schranken zu durchbrechen, und zu jenem ganz unbestimmten Begriff vom Eigenthum zurückzukehren. Und dazu giebt, wenn ich recht sehe, er selbst eine treffliche Anleitung, welche sich die Unwissenheit nicht zweimal geben läßt, um alles bequemlich über einen Leisten zu schlagen. Er bemerkt nämlich S. 295., es sey ganz zufällig, daß im römischen Recht gerade nur an den Servituten ein Dominium juris statt finde, es lasse sich überall denken; denn eine Eigenthumsklage mit einer Vindication des Rechts als Res incorporalis, ein Quasibesitz, eine Quasitradition lasse sich überall denken, wie denn schon nach römischem Recht vielleicht an der Tutela mulierum ein Dominium angenommen worden sey (wahrscheinlich weil sie in jure cedirt werden konnte?). Namentlich könne ein Dominium mit allen jenen Folgen auch bei einem solchen Rechte gar wohl vorkommen, wo die Verpflichtung des Gegners in positiven Leistungen bestehe, oder wo der Verpflichtete gar nicht der Besitzer einer gewissen res corporalis sey. Dieß wird zunächst nur auf die Dienste, Zinse und Reallasten des deutschen Rechtes angewendet, aber nach diesen Prämissen kann man ungehindert auch weiter gehen, und am Ende das

ganze Rechtssystem unter die Lehre vom Eigenthum bringen. In der That läßt sich diese Theorie nicht besser widerlegen, als es hier der Urheber oder, sofern sie mit jener alten zusammenhängt, der neue Begründer derselben selbst gethan hat, und es läßt sich nur aus der Vorliebe, welche für gewisse Ideen aus dem langen Umgang mit denselben entsteht, erklären, daß sein Scharfsinn bei dieser Partie seiner Abhandlung ihn nicht selbst von der Gehaltlosigkeit dieser Ansichten überzeugt hat.

Ueber die

Pupillos infantiae vel pubertati proximos.

Von

Herrn Geheimen Justizrath und Professor Dirksen in Königsberg.

Die neuesten Erörterungen des bestrittenen Unterschiedes der *Pupilli infantiae, vel pubertati proximi* laßen eine nochmalige Prüfung dieses Gegenstandes keineswegs als überflüßig erscheinen. Zwar hat Unterholzner [1]), was man auch immerhin gegen das Resultat seiner Untersuchung mit Grund einwenden mag, das Bedürfniß eines tiefern Eindringens in den Sprachgebrauch der Römer gefühlt, allein die Andeutung desselben hat wenig Eingang gefunden [2]). Von Gensler [3]) ist dieses wesentliche Erforderniß gar nicht berücksichtigt worden, und es sind ihm daher nicht nur erhebliche

---

1) In der Zeitschrift für geschichtl. R. W. Bd. 1. S. 44. fg.

2) Namentlich in der Recension der Heidelberg. Jahrbücher. 1815. No. 42. fg. S. 664. fgg., die von manchen mit Unrecht als eine Arbeit Thibaut's bezeichnet wird, obwohl Thibaut selbst ebendas. S. 657. not. *. gegen die Autorschaft ausdrücklich protestirt hat.

3) In dem Archiv für civil. Prax. Bd. 4. No. XVIII. S 216. fgg.

Beweisstellen entgangen, sondern auch bei den wirklich angezogenen Fragmenten hat es derselbe an einer vergleichenden Prüfung des Inhaltes nur gar zu sehr fehlen laßen, und zu dem höchst bedenklichen Versuche gegriffen, den Beweis für seine Behauptung a priori zu führen [4]). Die neueren Juristen schwanken daher zwischen entgegengesetzten Ansichten. Die Mehrzahl derselben legt in die Erklärung des Begriffes von *infantiae vel pubertati proximis* dieselbe Unbestimmtheit, welche die Zeugniße des römischen Rechts scheinbar darbieten, sobald man sie vereinzelt betrachtet; nehmlich sie stellen alles auf das prope abesse ab infantia und das prope attingere pubertatem [5]). Dagegen Thibaut [6]), hat auf die Autorität Gensler's, seine frühere Ansicht ganz aufgegeben, nach welcher die Römer es nicht von den Jahren, sondern von der Reife des Verstandes eines jeden Pupillus infantia maior abhängig gemacht haben, ob derselbe als infantiae, oder als pubertati proximus anzusehen sei. Ja er ist noch weiter gegangen als Gensler, indem er zu der veralteten Theorie zurückkehrt, daß man zur genaueren Ermittelung jenes Unterschiedes der infantia maiores die Jahre zwischen den Terminen der Kindheit und Mündigkeit in gleiche Hälften getheilt habe [7]). Dieser Theorie fehlt es nicht ganz an Nachfolgern [8]).

---

4) S. deßen Erklärung ebendas. S. 229.

5) Mackeldey Lehrb. d. R. Rs. §. 115. Mühlenbruch Doctr. Pandectar. §. 210. Warnkönig Commentarii I. R. priv. Lib. 1. c. 2. §. 4. No. 39. S. auch Glück's Erläuterg. d. Pandect. Bd. 2. §. 130. S. 195. fg. und von ältern Systematikern vornehmlich H. Donellus *Comm.* I. Civ. Lib. 1. c. 22. pr.

6) System des Pandect. Rs. §. 231. d. 6ten Aufl. Jena 1823.

7) Gensler a. a. O. protestirt ausdrücklich gegen die Ableitung dieser Theorie aus dem Röm. Recht.

8) Z. B. v. Wening-Ingenheim. Lehrbuch d. gem. Civilr. Bd. 1. §. 83.

Es ist zu beklagen, daß die neuesten Bearbeiter die ältere Literatur dieser Rechtsfrage fast ganz ignorirt haben, obwol schon bei J. Gothofredus 9) eine treffliche Uebersicht der Erklärungs-Versuche früherer Rechtsgelehrter angetroffen wird. Bei einer sorgsamen literarhistorischen Prüfung wird man nehmlich gewahr, wie schon die ältesten Paraphrasten und Gloßatoren der Justinianischen Rechtsquellen 10) den Begriff der infantiae vel pubertati proximi durch Beschränkung auf ein einzelnes, nicht immer richtig gedeutetes, Zeugnis der römischen Rechtsbücher einseitig aufgefaßt, und wie selbst die trefflichsten Ausleger des römischen Rechts aus dem sechszehnten Jahrhundert aus gleichem Grunde gleiche Schuld sich zugezogen haben 11). Man überzeugt sich demnach bald, daß nur die Vergleichung sämmtlicher claßischer Zeugniße über den in Frage stehenden Unterschied zu einem genügenden Resultat verhelfen könne, daß aber die Ermittelung und Zusammenstellung dieser Autoritäten eine vorgängige unpartheiische Prüfung des römisch-juristischen Sprachgebrauchs als unerläßliche Bedingung voraussetze.

---

9) *Comm. ad Tit. D. de R. I.* L. III.

10) Ueber die griechischen vergl. Brissonius de V. S. v. *Proximus* §. 4. Jo. Leunclavius *Notatorum* Lib. 2. §. 18. §. 53. (in Otto's *Thes.*. T. III. p. 1507. p. 1516) die Ausleger des Theophilus (*Paraphr. Inst.* Lib. 3. Tit. 19. §. 9. Vol. II. p. 650. sqq. ed. *G. O. Reiz.*) so wie die des Harmenopulus *Promtuar.* Lib. 6. Tit. 6. §. 7. Unter den lateinischen mag hier nur die (von Savigny Gesch. d. R. Rs. im Mitt. Alt. Bd. 3. a. E. bekannt gemachte) Turiner Gloße zu Justinian's *Inst.* Fol. 11. No. 15. S. 672. genannt werden.

11) Z. B. Franc. Hotomanus in *Comm. verborum iuris.* v. *Proximus pubertati* (*Opp.* T. I. P. 2. p. 876. sq. Genev. 1599. Fg. und in *Comm. ad Inst. Iust.* §. 9. *de inutil. stipulatt.* J. Cujacius Not. *posterior. ad Inst. Iust.* l. l. und *Obss.* Lib. 6. c. 22.

Daß die R. Juristen es an der Benutzung umschreibender Bezeichnungen für gewisse Abstufungen im Lebensalter der Personen auch da nicht fehlen lassen, wo Gesetz oder Gewohnheit eine feste Begrenzung nach Jahren eingeführt hätten, und die juristische Kunstsprache im Besitz bestimmter directer Benennungen dafür war, erhellet sowol aus den Aeußerungen über die, von der Lex Julia et Papia Poppäa als Anfang und Ende der Zeugungsfähigkeit fixirte, Altersgrenze,[12]) als auch aus dem Beispiel desjenigen, was der Verfasser an einem andern Orte[13]) über die wechselnden Bezeichnungen der Mündigkeit und Volljährigkeit zur Sprache gebracht hat. Bei diesen und andern ähnlichen Umschreibungen ist die paraphrastische Bezeichnung selten von der Rechtsquelle entlehnt, aus welcher die in Frage stehende juristische Bestimmung geschlossen ist;)[14] indem vielmehr gewöhnlich auf den juristischen Erfolg und dessen Motive Rücksicht genommen wird. Das leztere gilt denn auch von den am häufigsten vorkommenden Umschreibungen der *infantes* und *infantia majores*, oder *infantiae proximi*,[15]) so wie der *pubertati proximi*. Wir begegnen nehmlich zuvörderst sol-

---

12) Ulpian *Fragm.* Tit. 11. §. 20. vergl. Tit. 16. §. 1. §. 3.

13) S. deßen Beiträge. S. 284 — 289. Leipz. 1825. 8.

14) Vergl. den in not. 12. angedeuteten Sprachgebrauch, und die Bezeichnung der Erreichung der *maior aetas* in *Cod. Theod.* Lib. 8. Tit. 12. c. 2. durch: *annos Laetoriae Legis egressus, legitimam compleverit aetatem.*

15) Cujacius *not. post. ad I.* l. l. giebt der Form des Ausdrucks: *infantia* maior und *infantiae* proximus den Vorzug vor der, in alten *Mss.* der *Inst.* vorkommenden Lesart. *infanti* proximus; und das übereinstimmende Zeugniß des Theophilus a. a. O. ist seiner Behauptung scheinbar günstig. Indeß die Vergleichung des Gajus *Inst. Comm.* III. §. 109. überzeugt uns, daß auch die Form: *infanti* proximus den Juristen geläufig gewesen seyn müße.

chen Aeußerungen der Quellen, welche bei Gelegenheit der Negation oder Affirmation der Handlungsfähigkeit und Strafwürdigkeit eines Impubes überhaupt, oder eines infans, infantiae proximus und pubertati proximus insbesondere, neben der directen Bezeichnung der Altersstufe noch ausdrücklich das Motiv hervorheben, durch welches jene Negation oder Affirmation vermittelt erscheint.[16]) Sehr natürlich war alsdann der Uebergang zu dem Verfahren, die directe Bezeichnung hinwegzulassen, und das Motiv allein in die umschreibende Bezeichnung aufzunehmen: wofür gleichfalls zahlreiche Beispiele sprechen.[17])

---

16) So heißt es z. B. *impubes facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet.* (Ulpian Fragm. Tit. 20. §. 12. vergl. §. 1. *Inst. Iust.* Quib. non est perm. fac. test.) *Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur.* (L. fin. D. de iur. et facti ignor.) *Natura* (impediuntur quominus iudices dari possint) *impuberes, quia iudicio carent.* (L. 12. §. 2. D. de iudic.) *Impuberes etiamsi conscii fuerint* (criminis) *nullum sustineant detrimentum, quia aetas eorum quid videat ignorat.* (L. 1. C. de falsa moneta.) *Infans non tenetur* (Lege Cornelia) *cum* (eum) *innocentia consilii tuetur.* (L. 12. D. ad L. Corn. de sicar.) *Infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent.* (Gajus Inst. Comm. III. §. 109. (§. 10. *I. Iust.* de inutil. stipulatt.) vergl. L. 6. D. rem pup. salv. f.) *Plerisque placet, ita demum obligari eo crimine* (furti) *impuberem si proximus pubertati sit et ob id intelligat se delinquere.* (Gajus a. a. O. §. 208. (§. 18. *I. Iust.* de obligg. qu. ex del.) *Pupillum qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et iniuriae faciendae.* (L. 111. D. de R. I. vergl. L. 13. §. 1. D. de dolo malo)

17) So z. B. heißt es von der *Impubertas* überhaupt, und der *Infantia* insbesondere: *aetas, in quam dolus malus non cadit, quae dolum non capit, quae dolo caret.* (*L.* 22. pr. D. de L. Corn. de fals. L. 15. D. de liber. causa. L. 4. §. 26. D. de

Von anderen indirecten und umschreibenden Bezeichnungen mögen hier nur diejenigen erwähnt werden, welche entschieden dem Sprachgebrauche der klaßischen Juristen angehören.[18]) Inwieweit dies von der, bei dem Scholiasten Servius[19]) vorkommenden Umschreibung, *vicinus pubertati*, angenommen werden darf, ist schwer zu entscheiden. Jac. Rävardus[20]) und Jac. Gothofredus a. a. O. halten es zwar für unzweifelhaft, daß der Scholiast hier aus einer juristischen Quelle geschöpft habe, und die Unbestimmtheit des Ausdruckes: *vicinus pubertati*, würde dem nicht geradezu entgegen seyn, wie aus der Vergleichung mit den andern sofort zu erwähnenden indirecten Bezeichnungen her

---

d. m. et met. exc.) *quae doli capax non est* (L. 3. §. 1. D. de iniur.) *quae excusationem meretur*, (L. 1. §. 32. vergl. L. 14. D. de S. C. Silan.) *pupillus eius aetatis, ut causam rei gerendae non intelligat*, v. *rei intellectum non capiat*, (L. 1. §. 3, in f. D. de adqu. v. om. poss. L. 1. §. 13. D. de obl. et act. L. 9. D. de adqu. v. om. hered. vergl. L. 65. §. 3. s. fin. D. ad S. C. Trebell. Cujacius Not. *ad I.* l. l.) Von dem *Pupillus pubertati proximus* wird gesagt: *doli mali*, v. *iniuriae, capax est.* (L. 23. D. de furt. L. 2. §. 19. D. vi bonor. rapt. L. 1. §. 6. D. ne vis fiat ei. L. 3. §. 2. D. de tributor act. L. 5. §. 2. D. ad L. aquil.)

18) Daher bleibt die, von Jac. Gothofredus a. a. O. aus einer Stelle des Nonius Marcellus *De propriet. sermon.* c. i. in f. §. 341 hieher gezogene Terminologie: *Parectati*, unberücksichtigt.

19) *Ad Virgilii Eclog.* VIII. v. 39. zu den Worten: *Alter ab undecimo tum me iam ceperat annus*, bemerkt der Scholiast: Id est tertiusdecimus. Alter enim de duobus dicitur, ut unus sit ab undecimo, duodecimus, alter tertius decimus. Nam *pubertati vicinum* se fuisse significare vult, quod de duodecimo anno procedere non potest.

20) *Comm. ad Tit. D. de R. I.* L. 111. pr. (*Opp.* T. I. p. 358 Francof. 1601. 8.

vorgeht, deren sich die R. Juristen ganz entschieden bedient haben. Indeß der Umstand erregt Verdacht gegen jene Annahme, daß derselbe Servius im Verfolge der nehmlichen, so wie einer andern verwandten Stelle,[21] sich über die Bestimmung der Mündigkeit nach Röm. Recht auf eine so unzulängliche Weise geäußert hat, daß man gegründete Ursache zu der Besorgniß findet, der Scholiast habe entweder gar keine juristische Quelle benutzt, oder dieselbe gröblich misverstanden.[22] Dagegen gehören entschieden hieher, als Bezeichnung des *pupillus infantia major* der Ausdruck: *pupillus, qui infans non est;*[23] und für den *infantiae proximus* die, von Seiten der Critik vergeblich angefochtene Benennung: *admodum impubes.*[24] Ferner: als umschreibende Bezeichnung der *pupilli pubertati proximi*, die Benennungen: *pupilli, qui prope pubertatem sunt.*[25] oder *qui non multum a pubere aetate absunt.*[26] Eben dahin möchte ich auch die Bezeichnungen ziehn: *impubes, qui jurare potest,*[27] und: *qui proxime praetextati aetatem accedit.*[28] Denn was den zuletzt erwähnten Ausdruck anbe-

21) *Ad Virgilii Aeneid.* VII. v. 57.

22) Vergl. des Verf. Beiträge S. 157. not. 92.

23) L. 24. D. de manum. vind.

24) L. 3. §. 1. D. de sepulc. viol. Die Richtigkeit des hier zum Grunde gelegten Florentinischen Textes hat gegen die Lectio Vulgata (*quemadmodum* impuberes) mit Bezugnahme auf die Basiliken und auf den sonstigen Sprachgebrauch der Römer (vergl. Brissonius *de V. S.* v. *Admodum*) gründlich erwiesen Cujacius *Obss.* Lib. 6. c. 22. Ueber die Bezeichnung: *nuper pubes factus*, S. Ulpian's *Fragm.* Tit. 12. §. 4.

25) L. 4. §. 26. D. de d. m. et met. exc.

26) L. 14. D. de S. C. Silan.

27) L. 44. §. 2. D. de liber. causa.

28) L. 3. §. 6. D. de liber. exhib. Die Aechtheit des Textes ist

langt, so wird in der beweisenden Stelle nur scheinbar zwischen dem *praetextatus* und *pubes* unterschieden. Der Jurist interpretirt den, im Prätorischen Edict gebrauchten Ausdruck: *praetextatus*, dessen sich die R. Rechtsquellen vielfältig als identisch mit *pubes* bedienen, [29]) und der auch hier nicht abweichend von diesem Sprachgebrauche gedeutet wird, indem gesagt ist: »als angehender *praetextatus* sei derjenige zu betrachten, dessen letztes Impubertäts-Jahr begonnen hat.«

Mit Bezugnahme auf das bisher bemerkte, lassen sich ohne Schwierigkeit die Hauptargumente entkräften, welche Gensler gegen die Theorie zur Sprache gebracht hat, daß der Gegensatz *pubertati* und *infantiae proximi* nicht nach einer festen Jahresrechnung, sondern nach der, vom Richter zu erforschenden, intellectuellen Ausbildung des Impubes von den Römern beurtheilt worden sei. Er beruft sich nemlich darauf, daß in den R. Rechtsquellen nicht gesagt werde: »der *doli capax* sei *pubertati proximus*,« sondern daß die Bezeichnung umgekehrt laute; sodann aber, daß sichere Spuren eines unmittelbaren Einflusses der cognitio magistratus auf jenen Unterschied der Impuberes im R. R. nicht anzutreffen seien, und überhaupt ein solcher Einfluß sich als höchst verderblich in der Praxis bewähren würde.

Was nun jenen ersten, von der Terminologie entnommenen, Beweisgrund angeht, so zerfällt er in sich selbst sobald wir die oben zur Befestigung des R. juristischen Sprachgebrauches beigebrachten Beweisstellen mit einander vergleichen. Wir können uns nehmlich alsdann nicht verbergen, daß gerade bei der Beurtheilung desselben Rechtsfalles die verschiedenen claßischen Referenten in der Bezeichnung des in Frage stehenden Unterschiedes zwischen der directen und indirecten Benennung wechseln, ohne die von Gensler behauptete Rangordnung der Bezeichnung auch nur entfernt zu beobachten. So gebraucht Gajus bei der Bezeichnung der Handlungsunfähigkeit eines Infans, einmal [30])

---

hier wol keiner gegründeten Anfechtung ausgesetzt. Denn die Variante: *impubere*, für *pubere*, (S. die Noten in der Gebauer Spangenbergschen Ausg. des *Corp. I. C.*) wird durch den Zusammenhang des Fragments widerlegt, und bei: *nunc*, wo man vielleicht eine Corruption vermuthen könnte, zeigt sich keine Abweichung in der Lesart der Mss.

29) S. des Verf. Beiträge. S. 287. a. E. fg.

30) *Inst. Comm.* III. §. 109.

die directe Benennung: *infans* und *infanti proximus;* ein andresmal aber [31]) die Umschreibung; *si ejus aetatis erit, ut non intelligat quid agat.* Aehnlich nennt derselbe Jurist [32]) den mit der Strafe des Furtum's zu beahndenden Impubes geradezu: *Impubes proximus pubertati;* während Julian [33]) bei gleicher Veranlassung sich also ausgedrückt hat: *Impubes doli capax,* und Gajus an einem andern Orte [34]) in derselben Beziehung beide Bezeichnungsarten verbindet. Bei der Bestrafung des Dolus gedenkt Ulpian des *pupillus pubertati proximus,* [35]) während er selbst an einem andern Orte für den nehmlichen Pupillen die umschreibende Bezeichnung: *ejus aetatis, quae dolo non careat,* angewendet, und dem Julian den Ausdruck in den Mund gelegt hat: *pupilli, qui prope pubertatem sunt.* [36]) Endlich Mäcianus [37]) bedient sich bei der Relation eines Prozeßfalles zuerst der Bezeichnung eines Unmündigen: *qui non multum a pubere aetate abest,* und hinterher der Umschreibung: *ejus aetatis, quamvis nondum puberis, ut rei intellectum capere possent.*

Den Beweis, daß die R. Praxis die Concurrenz des richterlichen arbitrii bei der Beurtheilung des Unterschiedes der *infantiae* und der *pubertati proximi* nicht ausgeschlossen haben könne, wollen wir nicht auf indirekte Weise durch die Bemerkung erschleichen, daß die oben mitgetheilten höchst vagen Bezeichnungen: *prope pubertatem esse, non multum a pubertate abesse, admodum impubes esse,* so wie die in L. 23. *D. de furt.,* zwischen *doli* und *culpae capacitas* gemachte Unterscheidung, auf das Bedürfniß einer Fixirung in der practischen Anwendung durch richterliches Ermessen zurückweisen. Wir lassen lediglich die Geschichte der R. Rechtsverfassung, und der Rechtsdoctrin insbesondre, für uns sprechen. Die Fragmente des Zwölf Tafel-Gesetzes äußern sich an verschiedenen Orten ganz übereinstimmend über die Bestrafung der Unmündigen wegen verbrecherischer Handlungen dahin: »der unmündige Verbre-

31) L. 6. D. rem pup. salv. f.
32) a. a. O. §. 208.
33) L. 23. D. de furt.
34) L. 111. pr. D. de R. I.
35) L. 13. §. 1. D. de dolo m.
36) L. 4. §. 26. D. de d. m. et met. exc.
37) L. 14. D. de S. C. Silan.

cher solle *Praetoris arbitratu* gezüchtigt werden.« [38]) Dies ausschließlich auf das Maaß der Züchtigung zu beziehen, verbietet der Umstand, daß ja durch die Namhaftmachung des Strafübels schon der Genauigkeit Genüge gethan war: es bleibt daher ungleich wahrscheinlicher, wie auch Cujacius [39]) erinnert hat, jene Weisung der Decemvirn von der Beurtheilung der Straffähigkeit der Impuberes durch den Magistratus zu verstehen. Daß aber dieses arbitrium magistratus bei der Abwägung der Strafbarkeit eines unmündigen Delinquenten auch noch im Zeitalter der Antonine sich vorzugsweise thätig in der Praxis gezeigt habe, geht aus den Einzelheiten eines Prozeßfalles hervor, den der Jurist Volusius Mäcianus in L. 14. *D. de S. C. Silan.*, mit genauer Angabe der historischen Momente desselben, umständlich berichtet.

Für die Geschichte der R. Rechtsdoctrin stehen, in Beziehung auf unsre Frage, uns die folgenden Quellen zu Gebot. An zweien Stellen der Pandecten [40]) wird die Ansicht Labeo's von der Straffälligkeit eines Impubes referirt. In der einen, wo von dem Furtum die Rede ist, erklärt sich dieser Jurist für die Möglichkeit der Zuerkennung der Strafe; in der andern, wo er vom Dolus handelt, leugnet er die Zuläßigkeit derselben bei einem Impubes wegen dessen eigner Handlungen. In Beziehung auf beide Fälle schränkt der den Bericht erstattende Ulpian die Ansicht Labeo's durch den Zusatz ein: es hänge die Strafbarkeit des Impubes davon ab, daß er *pubertati proximus* sei. Wir können hieraus mit Bestimmtheit folgern, daß die Rechtsdoctrin im Zeitalter Labeo's noch nicht die technische Bezeichnung, *pubertati proximus* gekannt, und eine solche auch für überflüßig erachtet habe, da die arbiträre richterliche Entscheidung, für welche sich keine feste Grenze ziehn ließ, den Ausschlag geben sollte. Wir dürfen indeß die Ausbildung der obigen Bezeichnungen durch die spätere Doctrin nicht bis in die Zeit von Ulpian und Paulus herabrükken, denn gerade für die beiden von Labeo beurtheilten Fälle bedienen sich schon Julian und Gajus [41]) der Ausdrücke: *pubertati proximus* und *prope pubertatem esse*. Die spätere Doctrin glaubte wohl das früher uneingeschränkte

38) Vergl. des Verf. Uebers. d. XII. Taf. Fragmente. S. 545. fg. S. 577. fg.
39) *Obss.* a. a. O.
40) L. 5. §. 2. D. de L. Aquil. L. 13. §. 1. L. 14. D. de dolo m.
41) L. 4. §. 26. de d. m. et met. exc. L. 111. pr. D. de R. I.

arbitrium Praetoris in Bezug auf die Strafbarkeit eines Impubes in der Art beschränken zu müssen, daß in der unmittelbaren Nähe der Kindheit oder Mündigkeit eine feste Präsumtion für Straflosigkeit oder Strafbarkeit gelten sollte. Was nun als eine solche unmittelbare Nähe zu betrachten sei, darüber einigten sich Doctrin und Praxis gar bald, allein es sind uns keine zuverläßigen Spuren des befestigten Resultats in den R. Rechtsquellen geblieben. Denn die L. 17. pr. *D. de excusationib.*, die man gewöhnlich dahin zählt, spricht, wie J. Gothofredus a. a. O. sehr richtig erinnert hat, von der ganz singulären Bestimmung über die Dauer der vormundschaftlichen Verwaltung, und hat keinen Zusammenhang mit der Beurtheilung der Handlungs- oder Straf-Fähigkeit der Pupillen, in Beziehung auf welche allein die Unterscheidung der infantiae und pubertati proximi gebildet ist. Gleiches gilt von dem Ausdruck: *ante pubertatem*, in L. 1. §. 3. *D. de eo qui pro tut.* Der Bericht des Servius, (S. oben not. 19. fgg.) den man ebenmäßig mit der juristischen Bestimmung der proximitas infantiae etc. in Verbindung gesetzt hat, kann, wegen der gegen die Treue desselben zuvor erhobenen Bedenken nichts entscheiden. Auch die L. 3. §. 6. *D. de liber. exhib.* darf, hinsichtlich der Zeitbestimmung, nicht als ein zuverläßiger Führer betrachtet werden; indem es sich darin vornehmlich um die Begränzung des Kunstausdruckes: *praetextatus*, handelt. Es braucht daher kaum gerügt zu werden, daß die Zeitangabe dieser Beweisstellen zum Theil wieder unter sich differiren; woher sich auch die Erscheinung erklärt, daß diejenigen Ausleger, welche ihr Raisonement auf dieselben gestützt haben, bei der Angabe des in Frage stehenden Termines gar sehr schwanken.[42]

---

42) Vergl. z. B. die oben not. 11. citirten Autoren, sodann Cujacius in *Comm. ad Tit. D. de dolo m.* L. 13. Jo. Suarez *Comm ad L. Aquil.* L. 1. c. 2. Sect. 1. (in Meerman's *Thes.* T. II. p. 18.) und überhaupt Jac. Gothofredus a. a. O.

Ueber eine Recension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41 — 44 *).

Die Unternehmer einer Literaturzeitung können mit Recht fordern, daß nach einzelnen Beiträgen ihrer Gehülfen über das Unternehmen selbst kein Urtheil gefällt werde. Denn die bedeutende Anzahl von Mitarbeitern und näheren oder entfernteren Theilnehmern, deren eine solche Anstalt bedarf, könnte nur unter ganz besonders günstigen Verhältnissen, und auch hier kaum eine vollkommen sichere Wahl derselben verstatten, und wie selbst die umsichtigste und verständigste Leitung des Ganzen es schwerlich wird verhüten können, daß Zufälligkeiten und wohl auch nichtwissenschaftliche Interessen bey der Aufnahme Einzelner ihr Spiel treiben, so kann auch in den Namen sehr berühmter und verehrungswürdiger Männer, wie wir sie auch namentlich unter den Gründern und Beschützern der Berliner Jahrbücher sehen, keine vollkommene Garantie für die Qualification aller

---

*) Indem ich diesen Aufsatz von einem dankbaren Schüler Savigny's, der sich schon durch eigne wissenschaftliche Leistungen vorlängst einen Namen gemacht hat, dem Druck übergebe, kann ich nicht umhin, auf eine andre Recension des darin besprochenen Werks von Schrader in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. 2. H. 1. S. 124 — 162, die mir so eben zu Gesicht gekommen, hinzuweisen, und die Vergleichung angelegentlich zu empfehlen. Der würdige und gelehrte Verfasser derselben hat nicht bloß eine freudige Anerkennung, wie Vieles und Großes in dem ursprünglichen Plane des Werkes nun schon folgerecht geleistet worden, gründlich ausgesprochen, sondern auch in besonderer Beziehung auf die Dogmengeschichte gezeigt, was für diese nach einer so gelungenen, und großartig durchgeführten Vorarbeit, wenn sie der rechte Mann unternehme, zu hoffen und zu verlangen sey, und in welcher Art dieses neue Werk am zweckmäßigsten anzugreifen und fortzuführen seyn möchte, womit ich in allem Wesentlichen mich einverstanden zu erklären, nicht das mindeste Bedenken trage.

Hasse.

Mitarbeiter und ihrer Beiträge gesucht werden. Ja, jene Forderung muß selbst dann noch für billig gehalten werden, wenn es sich treffen sollte, daß mehrere Beiträge durch ihre Zahl, durch die Uebereinstimmung des Tons und Gehalts einen größeren Einfluß auf den Charakter des Ganzen zu gewinnen scheinen, denn es tritt ja wohl auch um die Sonne ein Hof, von dem sie sich erst nach und nach befreit. Auch giebt ein unscheinbarer, mangelhafter Anfang noch kein Recht, an einem tüchtigen Fortgang zu verzweifeln; das Große ist es nicht immer bey seiner Entstehung.

Hiernach trage ich kein Bedenken, die folgenden Mittheilungen über die in der Ueberschrift bezeichnete Recension zu machen, auch wenn vielleicht manches, was gegen sie zu sagen seyn wird, nicht sie allein treffen sollte. Sie hat ein Werk zum Gegenstand, welches jedem bekannt ist, und dieß hat den Vortheil daß der Leser nur noch mit der Recension bekannt gemacht zu werden braucht. Ein zweiter Vortheil ist, daß der Verfasser gegenwärtig von dem Vaterland entfernt lebt, so daß die folgenden Bemerkungen, selbst wenn man sie mit dem Namen einer Antikritik belegen sollte, wozu wenigstens die Recension selbst keine Veranlassung giebt, nicht als eine unzuständige Intervention angesehen werden können.

Die Recension giebt zuerst den Typus für eine wissenschaftliche Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Das Wesentliche ist Folgendes. Diese Geschichte hat ihren Standpunkt da, wo die Bedeutung des römischen Rechts als des Privatrechts für alle Zeiten erkannt wird. Bis dorthin ist die äußere Stellung desselben zu dem spätrömischen und den germanischen Staaten ihr Gegenstand, von da an hingegen wird sie eine Geschichte der wissenschaftlichen Ansichten, eine Dogmengeschichte; diese ist bis gegen das Ende des fünfzehnten Jahrhunderts fortzuführen, von da an aber ist dann in die einzelnen Gesetze der nun gebildeten europäischen Staaten einzugehen, und das römische Recht als Grundlage des Civilrechts zu charakterisiren.

Bey dem ersten Band der savigny'schen Rechtsgeschichte »ist es Schade«, »zu bedauern« u. s. f., daß darin mehr von dem äußeren Zusammenhang der Rechtsquellen, als von einer innern Charakteristik und dem Inhalte des Rechts gesprochen wird, daß Anfang und Fortsetzung ganz »äußerlich« sind; allerhöchstens zeigt sich ein Bemühen um äußerliche Principien und leitende Grundsätze, von der innerlichen Bedeutung der verschiedenen Zustände aber, namentlich von dem »Kampf« des römischen und germanischen Rechts, welcher der eigentliche Gegenstand dieser Geschichte hätte seyn müssen, ist keine Rede. Die

einzelnen Abhandlungen und Untersuchungen tragen zu sehr den Charakter selbstständiger Abgeschlossenheit. — Mitten unter diesen Bemerkungen entschließt sich die Recension auf ihrer fünften und sechsten Seite plötzlich zu einer specielleren Untersuchung über die Fortdauer der römischen Gerichts- und Städteverfassung. Sonst schont sie die einzelnen in dem Werk enthaltenen Untersuchungen sehr, indem sie dieselben, als etwas schlechthin einzelnes aus einer Zeitschrift wegweist, welche die humanste Popularität zum Leitstern haben soll; jener Passus taucht daher wie eine Oase den erstaunten Augen auf. Auch die Darstellungsweise darin ist ganz von der im übrigen herrschenden verschieden, was sich vielleicht aus dem Umstand erklärt, daß hier eine wirkliche Gedankenreihe darzustellen war, während es außerdem darauf ankam, einige wenige Gedanken aus einem gewissen nun schon alten Liede (»vergessen hatt' ichs und vergaß es gern, das Lied der Parcen«) mit Kunst so zu strecken und zu dehnen daß sie eine ehrbare Recension abgeben konnten. Vielleicht correspondirt die gegenwärtige Betrachtung ihrem Gegenstande, der Recension, um so mehr, wenn dieses fremdartige Stück ganz beseitigt und seine Beurtheilung einem Andern überlassen wird. —

Der zweite Band soll das Wie der Uebung des römischen Rechts in dem früheren Mittelalter enthalten, aber seinen Leistungen gebricht es an dem wesentlichsteu Bestandtheil, nämlich an der Darstellung des innerlichen Charakters jeder Lehre des römischen Rechts im Verhältniß zu dem gegenüberstehenden germanischen. Der Verfasser begeht noch dazu den Fehler, nicht einmal den Vorsatz dieser Darstellung gefaßt zu haben, so daß nun Versprechen und Leistung einander zwar entsprechen, aber ebendeshalb beide viel zu wenig enthalten.

Von dem dritten und den folgenden Bänden konnte man erwarten, daß darin untersucht würde, wie sich das römische Recht vom zwölften Jahrhundert an in Deutschland und Frankreich, Italien und Spanien, durch Wissenschaft und Gesetzgebung in unaufhaltsamen Wachsthum befestigt, in sehr verschiedenen Formen über jene Länder sich verbreitet und in jedem eine andere Gestalt angenommen hat: eine Dogmengeschichte ist es, welche man zu erwarten hatte. Diese mußte Savigny geben, wenn er sein Werk fortsetzen wollte. Wenn er aber nun erklärt, von jetzt an nehme seine Rechtsgeschichte die Gestalt einer Literargeschichte an, also einer äußeren Geschichte der Wissenschaft, so »abandomirt« er hiermit die Geschichte des römischen Reiches, verliert sich in einen fremden Gegenstand, und höchstens kann man sagen, daß dieses kümmer-

liche Ende dieser Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter dem mangelhaften Anfang allerdings vollkommen entspreche.

Dieß ist (einige besondere Aeußerungen sollen noch unten zur Sprache kommen) der Auszug unserer Recension, den ich für vollkommen getreu und eigentlich für besser halte, als diese selbst. Wenn man nun fragt, was der langen Rede kurzer Sinn ist, so läßt sich dieser mit zwey Worten bezeichnen, sofern man nur es nicht verschmäht, sich dieser herkömmlichen zu bedienen, weil sie etwa sonst schon zu einigen leicht zu hebenden Mißverständnissen geführt haben. Wir ziehen natürlich dasjenige ab, was Savigny fehlt, weil er nicht zur hegelischen Schule gehört. Dieser Abzug könnte Manchem zu groß scheinen, und in der That hat die Recension häufig den Anschein, als wollte sie der Welt erst zeigen, daß Savigny kein Hegelianer sey, was unbeschreiblich — gutmüthig herauskommt. Ich mache aber den Abzug nicht, weil er mir sehr groß erscheint, sondern weil er nothwendige Bedingung ist, wenn über die Sache ernsthaft geredet werden soll. Das was nun noch die Recension desiderirt, ist: daß 1) Savigny keine innere, sondern eine äußere Rechtsgeschichte geschrieben hat, und daß 2) auch diese nicht durchgeführt, sondern mit dem dritten Band in eine Literärgeschichte umgewandelt wird. Dazu kann noch gesetzt werden, daß seine Geschichte Episoden enthält, welche nicht selten mit dem Gang der Darstellung nicht genug verwebt sind, und darum eine zu selbstständige Gestalt erhalten haben. Diesen Vorwurf will ich für jetzt auf sich beruhen lassen; jene beiden Punkte aber sollen nun näher errörtert werden.

1) Man hat von jeher in den schriftlichen und mündlichen Vorträgen der Rechtsgeschichte die Frage: wie ist das Recht entstanden, in welchen Formen und Beziehungen, in welchem Maß waren die Organe, die man als Quellen des Rechts nennt, Volkssitte, Gesetzgebung und Wissenschaft, fortschreitend wirksam? unterschieden von der Frage: was hat sich als Recht gebildet und entwickelt? — ja dieß ist ein Unterschied, welchen jeder macht, der seine Gedanken auf Rechtsgeschichte richtet. Es ist ferner nichts neues, daß dieser Unterschied nur ein Unterschied der Methode ist, und keineswegs jede Rechtsgeschichte in zwey zerreiße, und daß ein Versuch, beide ganz zu trennen so daß in keiner ein Gegenstand der andern vorkäme, ein völliger Unsinn wäre. So braucht es auch nur für gewisse Leser der Bemerkung, daß der Gegensatz von »äußerlich« und »innerlich« mit jenem gar nichts gemein hat, und daß es nicht an Beispielen fehlen würde, wenn es darum zu thun wäre, sehr äußerliche innere Rechtsgeschichten aufzuführen.

Daß die Unterscheidung der s. g. äußeren und inneren Rechtsgeschichte bey der Darstellung unumgänglich sey, wird niemand bezweifeln. Daß die Trennung andrerseits nicht eine gänzliche seyn könne, ist so eben bemerkt worden. Wie weit sie nun aber gehen könne, ohne der Einsicht in den Gegenstand selbst hinderlich zu werden, statt sie zu befördern, das ist eine andere Frage. Daß jemand einem Punkt der äußeren Rechtsgeschichte eine besondere Untersuchung widmet und diese abgesondert mittheilt, kann unter den gehörigen Voraussetzungen kein Vernünftiger mißbilligen. Wenn aber ein Lehrer seine Zuhörer, die er in das Studium vollständig einführen soll, auf eine äußere Rechtsgeschichte beschränken wollte, wie dieß wohl sonst geschah, und wodurch hauptsächlich der Name Rechtsgeschichte zu dem technischen für die äußere Rechtsgeschichte geworden ist, so wäre dieß ohne Zweifel tadelnswerth, selbst wenn bei seinem Vortrag Kenntnisse der innern und die ihm innwohnende Ueberzeugung von der wesentlichen Verbundenheit beider nicht vermißt würde. Denn indem er die Geschichte nur von der einen Seite darstellt, sey auch die Darstellung selbst uud für sich ganz und gar nicht einseitig, hat er eben der Pflicht nicht genügt, sie von allen Seiten darzustellen. Ganz anders ist es nun aber bey dem Schriftsteller, der eine auf neue Untersuchungen gegründete Darstellung, und zunächst nur der äußeren Rechtsgeschichte intendirt, nicht für den Unterricht derer, die erst mit dem gesammten Umfang der Wissenschaft bekannt gemacht werden sollen, sondern für diejenigen, welche über die Classe der Anfänger hinaus sind. Und so wenden wir uns denn bestimmt an das vorliegende Werk. Eine Beschränkung des Plans, ein ungeheures und noch größtentheils unbereitetes Feld zu durchwandern, mußte jedem Denkenden als eine Garantie für die wirkliche Vollendung des Werks willkommen seyn, sie konnte als ein günstiges Zeichen angenommen werden, daß der Plan selbst wohl erwogen und mit der Zeit der Ausführung verglichen worden war. Das alles muß freilich einem Menschen lächerlich vorkommen, der mit dem wohlfeil erhandelten Begriff in der Hand das Weltall construirt, und höchstens die geringere Mühe, die ihm die Geschichte macht, im Vergleich mit Andern seinem eminenten Talent zuzuschreiben geneigt ist, aber es sey vergönnt, auch hier wieder den Dichter zu Hülfe zu rufen:

Wäre mit so leichten Griffen zu enträthseln die Natur,
Hätte sie auf euch gewartet, ihr zu kommen auf die Spur?

Die Beschränkung konnte eine doppelte seyn, entweder auf

einen gewissen Zeitabschnitt, so daß von diesem dann die äußere und innere Rechtsgeschichte vorzutragen war, oder auf einen Theil der Rechtsgeschichte, auf die äußere, als eine Grundlage für die innere, so daß diese durch das ganze Mittelalter hindurch dargestellt ward. Nimmt man nun, daß es nach der Natur des Gegenstands besonders um eine Verbindung der ganzen Zeit des Mittelalters zu thun war, denn daran lag hauptsächlich, daß untersucht werde, ob die bodenlose Kluft, welche in der Vorstellung der Meisten (sie mochten es sagen oder nicht) die neue Zeit von der alten trennte, auch wirklich oder wie weit und in welchem Maße sie vorhanden sey; ferner daß wenigstens für den nicht bloß construirenden Historiker die Nachrichten für die innere Geschichte des römischen Rechts aus dem früheren Mittelalter, auf das man sich im ersten vorhin erwähnten Falle hätte beschränken können, höchst unvollständig und zerrissen sind so ergiebt sich daraus der Vorzug der Beschränkung auf die äußere Rechtsgeschichte der ganzen Zeit vor der Beschränkung auf einen Abschnitt derselben. Und die Art und Weise, wie Savigny die äußere Rechtsgeschichte dargestellt hat, ist, nach dem zu urtheilen, was schon als ein Fertiges vor uns liegt, nämlich der Geschichte des früheren Mittelalters in den beiden ersten Bänden, eine solche, daß sie jenen Vorzug keineswegs vermindert, indem vielmehr die sichtbar durchleuchtende Ueberzeugung, daß äußere und innere Rechtsgeschichte nichts objectiv geschiedenes sind, den vortheilhaftesten Einfluß auf die Untersuchung gehabt hat.

Es ist hier noch eines übrig: der Titel des Werks. Mußte dieser nicht jene Beschränkung enthalten, und dem Plan angemessen seyn? aber er hat dieser Forderung auch wirklich genug gethan. Es ist schon oben erwähnt worden, daß und wie der Ausdruck Geschichte des Rechts bey unsern Juristen jene engere Bedeutung äußere Rechtsgeschichte erhalten hat. Diese Bedeutung ist aber auch dem sonstigen Sprachgebrauch nicht unangemessen. Das Wort Recht nämlich hat in unserer Sprache die mehrfache Bedeutung, wornach es nicht bloß die Ueberzeugung über die äußere Freiheit im materiellen, sondern auch im formellen Sinn bezeichnet, wie dieß auch aus dem Worte Rechtszustand erhellt, welches ebensowohl für den Zustand der Formen gebraucht wird, in welchem die rechtliche Ueberzeugung entsteht oder zu Tage kommt. Aehnlich ist es mit dem Wort Gesetz. Und wenn sonach zwischen jenem Titel und dem: Aeußere Rechtsgeschichte die Wahl war, so war der erstere vorzuziehen, um nicht durch den letzteren an die zu weit getriebene Ausscheidung der inneren Rechtsgeschichte zu erinnern,

deren sich manche äußere Rechtsgeschichten schuldig gemacht haben.

Auf alles dieses hat sich die Recension nicht eingelassen; es war ihr, in ihr eneigenen Meinungen und Begriffen eingegarnt, nur darum zu thun, so recht blind und mit Verwirrung der Begriffe wider den Mann zu gehen, die emsig eingelernten Redensarten um sich herumzustreuen, und um den Schein der Unpartheilichkeit wenigstens für den Unkundigen zu haben, ein vollgerüttelt Maß Lob von zufälligen Dingen einzumengen, welches in dieser Umgebung, ohne Zweifel der Absicht gemäß, ordentlich ekelhaft wird. — In der That, wer würde es nicht mit dem größten Dank ansehen, wenn Savigny auch eine innere Rechtsgeschichte, wenn er eine Dogmengeschichte schreiben wollte? Wer von den Aermeren würde nicht gern an dem Vorrath des Reichen in Bequemlichkeit mitzehren, wenn dieser seinen Reichthum, Tag und Nacht mittheilend, ausstellen wollte und könnte? Denn dafür, was Einer oder der Andere darin vermissen möchte, den Geist, ich meine den Begriff, ist anderwärts desto freigebiger gesorgt durch die leeren Räume, in welchen die Habe des reichen Mannes bequem untergebracht werden kann.

2) Die Recension erklärt: In einem bestimmten Zeitraum verwandelt sich die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in eine Dogmengeschichte. Und dieß ist denn gerade der Zeitraum, welchen der dritte Band beginnt, der nun aber nichts als eine Literärgeschichte anhebt. Dieser Punkt ist der Triumph der Recension, zu welchem sie auf der 335sten Columne der Zeitschrift mit unverhehlter Freude, und mit einer Sicherheit einleitet, die ihr das Geständniß oder wie man es nennen will, verstattet, ihre bisherigen Ausstellungen seyen nichts als Erinnerungen »gegen die zu äußerliche Behandlung des Stoffs« gewesen. Wir wollen der triumphirenden nicht weniger als der klagenden und bedauernden Recension folgen.

Der Recensent theilt Ansichten über die Literärgeschichte mit, welchen das Zeugniß einer sehr großen Popularität allerdings nicht versagt werden kann. Aber erstaunen muß man über die Herzhaftigkeit, womit diese ausgesungene Melodie der beschränktesten Unwissenheit wieder vorgetragen wird. Die Stelle, welche durch die Aeußerung Savigny's, die Literärgeschichte sey die unentbehrliche Grundlage einer jeden Dogmengeschichte, veranlaßt ist, verdient es, hier vollständig aufbewahrt zu werden. »Freilich wird,« heißt es, »die Entwickelung der Ansicht der Glosse vom römischen Recht, Kenntnisse über das

»äußere Verhalten der Glossatoren zur Glosse in Anspruch neh»
»men, aber ob dazu das ganze breite, kleinliche Detail einer
»Literärgeschichte erfordert wird, möchten wir bezweifeln. Man
»kann des Cujacius Schriften und Meinungen sehr wohl in sich
»aufnehmen, ohne seine und seiner Tochter Schicksale zu kennen,
»mit denen die Literärgeschichte sich zu beschäftigen auch nicht ver»
»schmäht hat.« Man kann jedem seine Meinung über die Be»
deutung einer Seite der Wissenschaft lassen, aber eine so ge»
meine, wie hier laut wird, sollte doch wenigstens lieber ganz
im Stillen bleiben. Wir sehen einstweilen davon ab, daß aus
jeder Zeile eine völlige Unkunde des Inhalts und Wesens einer
Literärgeschichte spricht, aber welche Aussicht eröffnet sich uns,
wenn eine solche Gemeinheit noch in unseren Tagen unter der
Aegide einer sich mehr als eine andere geltend machenden Phi»
losophie sich breit machen darf. Man sieht sich zurückgesetzt in
jene Zeiten, wo der Zusammenhang der Wissenschaften unter
einander, ihr Verhältniß zu dem gemeinsamen Ziel, und vor
allen ihre Brauchbarkeit recht handgreiflich und selbst für den
Kurzsichtigsten offenbar seyn mußte, wenn sie nicht der Gegen»
stand jener Tabagiesatyre werden sollte, deren edles Geschlecht
also leider noch nicht ausgestorben ist. —

Das oftgesagte muß hier wiederholt werden, daß die im
Mittelalter erwachende, und als ein Antäus an den Ueberlie»
ferungen des Alterthums stets von neuem sich kräftigende Wissen»
schaft es ist, welche dem römischen Recht den Charakter eines
europäischen gegeben hat. Und nichts außer ihr. An die Volks»
sitte ist nicht zu denken, weil das Volk, in dessen Bewußtseyn
das römische Recht einst in Wahrheit lebte, untergegangen war.
Dagegen könnte mancher sich veranlaßt finden, die Gesetzgebung
als eine Rechtsquelle für das römische Recht der neuen Welt
neben die Wissenschaft zu stellen. Aber theils ist die Gesetzge»
bung überhaupt nur eine formelle Thätigkeit, deren Material
die beiden andern Rechtsquellen, die Volkssitte und die Wis»
senschaft liefern, theils giebt es keine Gesetzgebung, welche als
unmittelbare Rechtsquelle für ein europäisches Recht angesehen
werden könnte. Die Wissenschaft ist also die einzige Rechts»
quelle für das neuere römische Recht, ein Satz, der so augen»
scheinlich ist, daß ihn selbst die Recension in jener Aeußerung
von der Dogmengeschichte ausdrückt, und diese Rechtsquelle
kommt theils in den Juristen selbst und in ihren wissenschaftli»
chen Leistungen, theils in verschiedenen partikulären Formen,
wohin auch die Gesetzgebungen einzelner Länder gehören, zur
äußeren Erscheinung.

Daraus ergiebt sich nun das Resultat von selbst. Eine

äußere Rechtsgeschichte wird vom zwölften Jahrhundert an eine Literärgeschichte, so wie die innere zur Dogmengeschichte wird. Das savignysche Werk, so weit ein noch nicht geschlossenes beurtheilt werden kann, hat mithin, indem es vom dritten Bande an Literärgeschichte geworden ist, seine Einheit nicht verloren, sondern vielmehr mit sicherer Hand bewahrt. Savigny hat sich auch selbst in der Vorrede zum ersten Bande (s. besonders S. IV. und VII.) sehr bestimmt darüber und über das Verhältniß der Literärgeschichte zur Rechtsgeschichte erklärt, indem er auf die beschränkte Ansicht hinweist, nach welcher beide durch eine absolute Gränze geschieden, der Gegenstand dieser nur die Gesetze, als die einzige Quelle des Rechts, der Gegenstand jener aber die Juristen als bloß mehr oder weniger passiv sich verhaltende Empfänger jenes Stoffes wären.

Es mag wohl vergönnt seyn, am Ende auch nach der Unterschrift der Recension zn sehen. Ich gebe die Hoffnung nicht auf, daß der hier sich nennende Verfasser derselben inskünftige einige Fortschritte in der Literärgeschichte machen und seine Ansichten über das Wesen derselben berichtigen werde. Darf ich nach meinem bisher an seiner Arbeit gezeigten Interesse ihm einen Rath geben, so wäre es der, vor allem bey Betrachtung der Literärgeschichte der gemeinen Gedanken an die Susanne Cujas sich zu entschlagen, dann aber auch bey einem an sich unscheinbaren Factum anf die Möglichkeit eines verborgenen bedeutenderen Zusammenhangs zu achten, wenn derselbe auch nicht dem hausbackenen, pedantischen Verstande vorliegt, und endlich die Literärgeschichte von manchen Bearbeitungen derselben zu trennen. Gewiß aber wäre es besser gewesen, wenn es sich so geschickt hätte, daß ihm diese Kenntnisse vor der Abfassung der Recension zugekommen wären, selbst auf die Gefahr hin, daß dieselbe dann gar nicht wäre geschrieben worden. Wenigstens hätte dann der geduldige Leser nicht den Satz in ihr gefunden: die Geschichte des römischen Rechts verwandelt sich in einem gewissen Zeitraum in Dogmengeschichte. Man kann hierbey dem Recensenten nicht den Vorwurf machen, daß er hier die Literärgeschichte sprachwidrig unter der Dogmengeschichte begreife, denn während er der Dogmengeschichte eine unbegränzte Verehrung bezeigt, hat er die Literärgeschichte »immer für das unbedeutendste Aussenwerk der Wissenschaft gehalten, zu dem man immer noch zu früh kommt« u. s. f. Hiernach will jener Satz in der That nichts wesentlich anderes sagen als der: die Rechtsgeschichte irgend eines Volks verwandelt sich in irgend einem Zeitraum in innere Rechtsgeschichte; und dieses Specimen ist von der Art, daß es selbst dem Gegner der Recension wenig

Freude machen kann. Denn ich kann es mir nicht verbergen, daß man vielleicht mit Recht alle diese Bemerkungen gegen eine Recension, in welcher von solchen Principien aus argumentirt wird, für überflüssig halten könnte. Aber »der Irrthum wiederholt sich immerfort in der That, deswegen muß man das Wahre unermüdlich in Worten wiederholen.« Wenn nun auch, was ich sehr geneigt bin anzunehmen, diese Recension nur durch ein Versehen der Redaction oder derjenigen, welche die Leitung derselben haben, in die Jahrbücher gerathen ist, so ist doch meines Wissens von dieser Seite noch nichts für die Verbesserung dieses Versehens geschehen, und es schien mir nicht unangemessen, einer Zeitschrift, welcher ich nicht dadurch beyzustehen vermag, daß ich etwas von dem meinigen hinzuthue, wenigstens dadurch, daß ich etwas aus ihr hinwegzunehmen suche, einen kleinen Dienst zu erweisen.

Georg Friedrich Puchta.

